سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف
سيد عبد الله علي حسين
من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية
أ. د محمد أحمد سراج
أ. د علي جمعة محمد
أحمد جابر بدران

المجلد الرابع

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج   أ. د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الرابع

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة – مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم المرسلين وبعد فنبدأ الجزء الرابع من كتاب « المقارنات التشريعية » راجين من اللّه القوي أن يسدد خطانا وأن يهدينا سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل .

الكتاب الثاني

تابع القسم السابع

بند [1] نظام المهر

القانون الفرنسي : نظام المهر هو جعل أموال الزوجة قسمين : قسم يدعى المهر وهو الذي للزوج حق إدارته والتمتع به ولا يجوز تمليكه ولا يتملك بمضي المدة . وقسم يدعى الملك الخاص للزوجة وحكمه من جميع النواحي حكم أملاكها في نظام تفرقة الملكية . ويجوز تمليكه ويتملك بمضي المدة [1] ، وهو نظام تفريق الأملاك فيما يختص بمصلحة الزوجين المالية وهو يستبعد كل شركة بينهما [2] .

وقد احتاط القانون لضمان مال الزوجة فجعله يرد بعينه ؛ لأنه غير قابل للتمليك ولا يتملك بمضي المدة .

ونظام المهر – وإن كان يحفظ مال الزوجة من زوجها الذي قد يكون مسرفًا مبذرًا أو من ضمانها له – غير أنه أدبيًا يُشْعِر بأن الزوج لا ثقة فيه ، فيحتاط منه ويمنع الزوجة والزوج من التصرف فيه ، حتى عند الضرورة القصوى .

والأصل في نظام المهر أن ينص عليه في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وأنهما قبلاه نظامًا لأموالهما بنص صريح .

---

(1) قاعدة : المهر قسمان : قسم لا يجوز تمليكه ، ولا يتملك بمضي المدة ، وقسم يجوز تمليكه ويتملك بمضي المدة (مدني فرنسي) . .

(2) زيد بعدها : « وهو نظام تقسيم أموال الزوجة إلى قسمين : قسم للزوج إدارته والتمتع به ، وقسم للزوجة إدارته » وهو تكرار لما سبق بحروفه ، ولذا آثرنا حذفه مع التنبيه عليه .

تكوين المهر :

كل ما أعطى من المرأة وقت عقد ترتيب أموال الزوجين يحمل على أنه ملكها الخاص إلا إذا أعلن صراحة في العقد أنه مهر . فملكها هو الأصل والمهر استثناء . وكل ما أعطى من شخص آخر وقت الزواج فهو مهر إلا ما استثنى بنص صريح فالمهر أصل ، والمال الخاص استثناء .

ويمكن للزوجة جعل أملاكها الحاضرة مهرًا ، أو المستقبلة ، أو هما معًا ، أو بعض هذا أو ذاك ، ويجب عدم التوسع في تفسير المهر بل يكون في دائرة ضيقة فتطبق عليه قواعد تكوين شركة أموال الزوجية .

ويجوز زيادة المهر في مدة الزواج سواء كانت الزيادة بين الزوجين ، أو من أحدهما ، أو من أجنبي منهما ؛ فلو أعطاهما شيئًا بشرط كونه مهرًا صح العطاء ، وبطل الشرط ، وكان ملكًا خاصًا للزوجة .

كذلك لا يجوز تحقيق المهر وإيجاده في مدة الزواج بعد عقد الزواج مطلقًا لا من الزوجين ولا من أجنبي .

ويستثنى من ذلك زيادة المهر من نفسه هو ، كزيادة جزيرة في جانب النهر لعقار خصص للمهر فهي مهر أيضًا ، أو نهاية انتفاع منتفع فتضم الثمرة للمهر الذي هو أصل العقار ، أو بناء منزل على أرض فضاء جعلت مهرًا .

لا يجوز إنقاص المهر في مدة الزواج ؛ فلو شرطت أن أملاكها المستقبلة تكون مهرًا فليس لها ولا لزوجها جعل الهبة أو الميراث الذي حل ملكًا خاصًا ، وإنما يجوز للواهب أو الموصي اشتراط عدم دخول هبته أو وصيته في أموال المهر [1] فيعمل بالشرط ويبقى ملكًا خاصًا .

لا يجوز تغيير أعيان المهر في أساسها وقت جعلها مهرًا ؛ فلا يجعل ملك يصح تمليكه ملكًا لا يصح تمليكه فالعقار الذي يشترى بإيراد المهر لا يحسب مهرًا إلا متى كان مشترطًا ذلك فيكون مهرًا حسب الشرط .

---

(1) قاعدة : يجوز للواهب وللوصي حق اشتراط عدم دخول هبته أو وصيته في أموال المهر (مدني فرنسي) .

حقوق الزوج وسلطته على أعيان المهر :

أولًا : حقوق الزوج : الزوج ليس مالكًا للمهر ، وإنما ملكية المهر تبقى للزوجة وليس للزوج إلا حق التمتع [1] ؛ وحق تمتع الزوج كحق تمتع الأجنبي المرتب على عقار الغير سواء بسواء فعليه عمل الحصر وعليه التزامات ، وتختلف عنه في الآتي :

1 - الزوج ليس ملزمًا بتقديم ضمان في استعمال حقه في التمتع ، كما يلتزم صاحب حق المنفعة إلا لوجود شرط صريح يلزم الزوج بذلك .

2 - لما لهذا الحق من علاقة بشخصية الزوج ، وأنه جعل للقيام بنفقات المنزل فليس للزوج التنازل عنه ، ولا رهنه ، ولا يجوز الحجز عليه لدائني الزوج .

3 - الثمرات الطبيعية والصناعية يتملكها الغير في حق منفعته بقبضها ؛ بمعنى أنه في آخر سنة من استحقاقه إذا لم يكن قبضها فهي ملك لمالك العين ، بخلاف حق تمتع الزوج بالثمرات فهي تمتلك يومًا فيومًا بمعنى أن الثمرات في آخر سنة من الزواج تقسم بنسبة أيام الزوجية في السنة ، فيعطى للزوج مقدار ما أصاب مدة قيام الزوجية والباقي للزوجة أو لورثتها .

4 - الأجنبي الذي له حق الانتفاع ليس له حق مطالبة المالك بما أنفق لتحسين حالة العين المستغلة ، بينما أن للزوج المنتفع أن يطالب بما زاد في قيمة العين التي حسنها .

وفي بعض الأحوال يملك الزوج أعيان المهر وذلك في حالة ما إذا كان لا يمكن الانتفاع بالمهر إلا إذا بيع ، أو إذا كان المهر منقولًا مقدرًا في عقد ترتيب الأملاك ؛ لأن التقدير يوازي البيع فيكون الزوج ملزمًا بالثمن المقدر في العقد .

سلطة الزوج :

إذا قلنا إن الزوج مالك للمهر فله حق التصرف فيه كما يشاء ، بشرط إرجاع قيمته بعد حَلّ الزواج [2] . ولكن متى قلنا : إن ملك المهر يبقى للزوجة فليس للزوج إلا الإدراة فقط مع توسع عن المدير المعتاد ؛ فله تحصيل الإيراد ، وقبض رأس المال ، وإيجار العقار لتسع سنين فأقل . وللزوج الحق في مباشرة القضايا بجميع

---

(1) قاعدة : المهر ملك الزوجة ، وليس للزوج إلا حق التمتع (مدني فرنسي) .

(2) قاعدة : للزوج حق التصرف في المهر كيف شاء بشرط إرجاع قيمته بعد حل الزواج (مدني فرنسي) .

أنواعها الخاصة بالمهر منقولًا وعقارًا ، إلا في دعوى القسمة في ميراث آل للزوجة فهي التي تباشرها بإذن الزوج ، وإلا في الحجز العقاري فيجب أن تكون الدعوى ضد الزوج والزوجة معًا . يجوز للزوج تمليك المنقول الذي يشتمل على المهر ، ولا يجوز له التنازل عن الإيراد للغير ، ولا عمل مخالصة بدون قبض [1] .

والزوج يكون ضامنًا لغلطه وخطئه ولما يلزم لذلك من التعويض ، والمحكمة تقدر خطأ الزوج وما يجبره من التعويض [2] ، ويمكن الحد من سلطة الزوج بشرط خاص يكون في عقد ترتيب أموال الزوجين ، كأن يكون للزوجة مبلغ معين تقبضه سنويًا تتصرف فيه لنفسها ، ويجوز اشتراط استعمال ثمن المنقول الذي للزوج بيعه في مشترى أشياء بدلًا عنه ، وإلزام الغير بأنه إذا لم يتم المشترى يكون عقد التمليك باطلًا . كذلك يمكن انتزاع حق إدارة أملاك المهر من يد الزوج بشرط صريح في العقد [3] .

ضمان خاص لحفظ وردّ المهر :

لحفظ أعيان المهر وردّها وضع القانون قواعد لإثباتها وتحقيقها :

أولًا : عدم قابلية أعيان المهر العقارية للتمليك ، فلا يجوز للمرأة المتزوجة - حتى مع إذن زوجها - تمليك عقارها الذي جعل مهرًا ، أو إعطاؤه ضمانًا لدائنيها .

فالزوجة ممنوعة قانونًا من بيع ، أو هبة ، أو استبدال ، أو صلح ، أو تعريض للخطر ، أو حكر ، أو ترتيب حق عيني على عقارها المهر [4] .

ويجوز للمرأة مباشرة الأعمال الآتية في المهر :

1 - قسمة العقار المهري غير القابل للقسمة - ولو بطريق التراضي - لأن القسمة عمل إظهاري لا إيجادي وتمليك .

---

(1) قاعدة : يجوز للزوج تمليك المنقول الذي يشتمل على المهر ، ولا يجوز له التنازل عن الإيراد للغير ولا عمل مخالصة بدون قبض (مدني فرنسي) .

(2) قاعدة : الزوج يكون ضامنًا لغلطه وخطئه ولما يلزم لذلك من التعويض والمحكمة تقدر خطأ الزوج وما يجبره من التعويض (مدني فرنسي) .

(3) قاعدة : للزوجة الحق في انتزاع حق إدارة أملاك المهر من يد الزوج بشرط صريح في العقد (مدني فرنسي) .

(4) قاعدة : لا يجوز للزوجة بيع ، أو هبة ، أو استبدال ، أو صلح ، أو تعريض للخطر ، أو حكر ، أو ترتيب حق عيني على عقارها المهر (مدني فرنسي) .

2 - الوصية ، فيجوز للمرأة المتزوجة ترتيب عقارها بالوصية .

3 - حق الامتياز للشريك حال القسمة ، وللمتعهد والمهندس حال البناء والتعمير فيكون لهما حق الامتياز القانوني .

وليس للزوج التنازل عن ريع أو إيراد الأملاك المخصصة للمهر قبل القبض ما دام المنزل محتاجًا إليها . وأما بعد القبض ودخولها في ملكيته واختلاطها بأملاكه فلا مانع .

ويبدأ عدم قابلية أعيان المهر للبيع من وقت إمضاء عقد ترتيب أملاك الزوجين ، ويستمر ما دام الزواج قائمًا ، حتى ولو تفرق الزوجان ماليًا . وينتهي بانتهاء الزواج بالطلاق أو الوفاة .

ثانيًا : عدم قابلية أعيان المهر العقارية للحجز .

بمعنى أن المرأة إذا تعاقدت مدة الزواج ؛ فلا يجوز لدائنيها الحجز على عقارها المهري ؛ لأن تعاقدها لا يلزم المهر [1] ، وهي مخالفة ظاهرة للقاعدة العامة (إن المتعاقد يلزم أملاكه الحاضرة والمستقبلة بالوفاء) [2] ، وكذلك لا يجوز حجز إيراد المهر ولا ثمرته في حدود احتياج المنزل للنفقة - ويجوز حجز ما زاد عن ضروريات المنزل ويستمر عدم جواز الحجز مدة الزواج ، ولا يجوز الحجز على المهر بدين تعوقد عليه مدة الزواج ، ونفذ به بعد الزواج ، ولكن يجوز الحجز على المهر بما ثبت في الذمة بعد زوال الزواج بموت أو بطلاق .

فإن حصل الحجز فللمرأة المعارضة في ثلاثة أيام بعد إعلان الحجز وتحديد يوم للبيع ، فإن سكتت المرأة سقط حقها وجاز بيع المهر .

ويستثنى من عدم جواز بيع أعيان المهر العقارية أو الحجز عليها ما يأتي :

1 - الدين الذي ترتب في ذمة المرأة قبل الزواج حتى - ولو كان عرفيًا - متى كان ثابت التاريخ ، لصاحبه الحق في حجز وبيع أعيان المهر التي كانت مملوكة للمرأة قبل الزواج . وأما الهبة التي تعطى للمرأة بسبب الزواج فلا تدخل في ضمان الدين ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها .

---

(1) قاعدة : المرأة إذا تعاقدت مدة الزواج فلا يجوز لدائنيها الحجز على عقارها المهري ؛ لأن التعاقد لا يلزم المهر (مدني فرنسي) .

(2) قاعدة : المتعاقد يلزم أملاكه الحاضرة والمستقبلة بالوفاء (مدني فرنسي) .

وأما الديون التي التزمت بها بين عقد ترتيب الأموال وإشهاد الزواج ففيها خلاف ، هل يباع فيها أعيان المهر أم لا ؟ .

2 - الدين الذي ترتب على ميراث استحقته الزوجة مدة الزوجية ، وكانت أملاكها المستقبلة مرتبة مهرًا ، فبمجرد الميراث دخل في أعيان المهر ؛ فيجوز لدائني التركة الحجز بديونهم وبيع المحجوز عليه مع كونه مهرًا وفاءً للدين .

إذا ارتكبت المرأة المتزوجة خطأ ترتب عليه ضرر الغير ، أوعملت عملًا غير قانوني وحكم عليها بتعويض ؛ جاز الحجز بما يحكم به على مهرها وبيعه [1] ، وكذا كل دين سببه القانون جاز الحجز به ، وبيع مهر الزوجة مثل الضريبة أو رسم نقل التكليف ومصاريف ونفقات محضِّر الدعاوي في قضية التفريق ؛ فله حق الحجز بها على أعيان المهر وبيعها .

لا يجوز الحجز تحت يد الزوج على إيراد العقار؛ لأنه غير قابل للحجز ، وكذا على ثمرة العقار كزرع الأرض ، إلا بمقدار ما يزيد عن حاجة المنزل ، إلا إذا كان سبب الدين ضروريات المعيشة .

اختلف العلماء في تعليل عدم قابلية أعيان المهر للتمليك . يقول بعضهم : إن هذا ناتج عن وضع المهر ، فهو خارج عن التجارة والتملك كالأملاك العامة للدولة . وقال بعضهم : إنه لعدم أهلية المرأة المتزوجة للتصرف من ناحيتين : زوجة ، وزوجة لها مهر حفظًا لها من زوج مهمل أو مفرط أو مبذر فوضعها القانون موضع العاجز عن أي تصرف حفظًا لثروتها . وقال بعضهم : إنه حفظ للمهر لصالح العائلة .

ويستثنى من عدم جواز التمليك ما يأتي :

أولا : من اتفاق الطرفين في عقد ترتيب أملاك الزوجية ، بحيث لو اشترط صريحًا على جواز بيع أعيان المهر جاز لهما ذلك حسب نص الشرط ، ويفسر بأضيق معانيه فيتقيد ذلك بالنص حرفيًا . وللزوجين اشتراط تعويض العقار المبيع بغيره واشتراط ضمان الزوج والمشتري ومسجل العقود . وكلهم مسئول قِبَل المرأة عن عدم القيام بتنفيذ الشرط .

---

(1) قاعدة : إذا ارتكبت المرأة المتزوجة خطأ ترتب عليه ضرر الغير ، أو عملت عملًا غير قانوني ، وحكم عليها بتعويض جاز الحجز بما يحكم به على مهرها وبيعه (مدني فرنسي) .

ثانيًا : من القانون ، فقد أباح القانون جواز تملك عقار المهر في عدة مواضع منها إعطاء مهر لولد الزوجين ، والرأي فيه للزوج فإن لم يقبل فلا تمليك ؛ لأن له السلطة الأبوية . فإن كان الولد المراد إمهاره من غير الزوج فيجوز تمليك عقار المهر إليه على أن يكون مهرًا بإذن الزوج ، فإن لم يأذن لجأت المرأة للقضاء ، وبإذنه جاز لها ذلك في الملكية المجردة ويبقى الانتفاع إلى الزوج .

ومنها التمليك بموجب قانون سنة 1919 إلى الجهات الخيرية ، أو مساعدة أبناء السبيل بإذن الزوج . فإن لم يأذن لجأت إلى القضاء ليأذن لها بشرط : أن تكون المرأة بلغت 45 سنة ، وأن لا يكون لها أولاد ولا أولاد أولاد وإن نزلوا .

ومنها البدل فيجوز للمرأة استبدال عقار المهر بعقار آخر مثله بإذن الزوج . فإن لم يأذن لجأت للقضاء ليأذن لها بشرط : أن يكون العقار المبدل مثل المبدل منه ، وأن يكون في البدل مصلحة فيصح البدل بإذن القضاء ، لكن يقع على الملكية المجردة ، وللزوج حق الانتفاع محفوظًا لصالح العائلة .

ويجوز تمليك العقار لإخراج أحد الزوجين من السجن ، أو لدفع دين العائلة ، أو المرأة قبل الزواج ، أو لإصلاح باقي عقار المهر ويشترط لصحة التمليك : أن يكون بإذن المحكمة ، وأن يعلن عنه ثلاث مرات ، وأن يكون بالمزاد العلني .

ثالثًا : عدم قابلية المهر للتملك بمضي المدة . معلوم أن العقار يتملك بمضي 10 أو 20 سنة بوضع اليد بسند ملكية وبحسن نية ، أو 30 سنة إذ تخلف شرط منهما . فلو وضع أحد يده على عقار المهر هذه المدة لا يصبح مالكًا ؛ لأن العقار المهري لا يتملك بوضع اليد المدة الطويلة ، وكذلك الحقوق العينية لعقار المهر [1] أو عليه لا تتملك ولا تسقط كذلك ، ويستثنى من عدم قابلية المهر للتملك بوضع اليد المدة الطويلة ثلاثة أشياء :

أولًا : إذا كان قد شرط في عقد ترتيب أموال الزوجين أن المهر يتملك بمضي المدة .

ثانيًا : إذا كان وضع اليد ابتدأ قبل الزواج وقبل جعله مهرًا .

ثالثًا : من وقت صدور الحكم بالتفريق المالي بين الزوجين فيسري وضع اليد من هذا التاريخ . وبما أن المهر غير قابل للتملك فلو ملكه أحد الزوجين فحكمه ما يأتي :

---

(1) قاعدة : العقار المهري لا يُتملك بوضع اليد لمدة طويلة ، وكذا الحقوق العينية لعقار المهر إلا بالشروط .

أولًا : ملكت المرأة عقار المهر بإذن زوجها فإن هذا التمليك باطل بطلانًا عامًّا ، أو خاصًّا خلاف . والمرأة صاحبة الحق في رفع الدعوى لبطلان العقد ، وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن فله الحق في الامتناع ؛ لأن المبيع لا يتملك ، والحكم الصادر ببطلان التمليك ينص على إرجاع العقار المهر إلى حالته التي كان عليها قبل البيع بدون ترتيب أي حق للغير عليه . وللمشتري حق الرجوع على المرأة في مالها غير المهر وعلى الزوج بتعويض . وبطلان هذا التمليك يَنتهي بأحد أمرين : إما بتصحيح التصرف المذكور من المرأة بعد انحلال الزواج ، وإما بمضي المدة عشر سنين فيصبح بعد هذين الأمرين أو أحدهما تمليك المرأة للغير صحيحًا ، وتبتدئ المدة من يوم انحلال الزوجية .

فإن ملكت الزوجة الغير بدون إذن الزوج فتمليكها باطل بطلانًا خاصًّا للزوج حق رفع دعوى البطلان ، وتسقط بانحلال الزوجية الذي يبتدئ من فسخ الزواج .

ثانيًا : ملك الزوج عقار المهر للغير فتمليكه باطل بطلانًا خاصًّا . وللزوجة رفع دعوى البطلان ، أو الاسترداد خلاف . والصحيح أنها دعوى الاسترداد ؛ لأنه باع ما يملك الغير ، وتسقط الدعوى بمضي 10 أو 20 أو 30 سنة حسب المعتاد من يوم فسخ الزواج .

المهر المنقول :

لم ينص القانون على عدم جواز تمليكه من عدمه . ولكن المتشرعين أجمعوا على عدم جواز تمليك المهر المنقول من الزوجة ، وجواز تمليكه من الزوج من أي نوع جسماني أو غير جسماني ، وذلك بغير إذن الزوجة للزوج ، وحتى ولو أذن لها الزوج ،والمراد بالمهر المنقول هو قيمته في ذمة الزوج حيث يجب رد قيمته فليس للزوجة سوى المديونية في ذمة زوجها .

ومعنى عدم جواز تمليك الزوجة للمنقول المهر هو عدم أهليتها لعمل ما يأتي قانونًا :

1 - التنازل عن حقها في مديونية زوجها بقيمة المنقول من المهر للغير .

2 - إعطاء الدائنين الحق في حجز المنقول من المهر تحت يد الزوج .

3 - التنازل عن الرهن القانوني للغير ، أو لزوجها الذي هو ضمان لرد القيمة بعد فسخ النكاح .

تفريق الأموال القضائي :

نظام المهر قد أحاطه القانون بضمانات كثيرة لحفظه ورده للزوجة بعد نهاية الزواج ؛ ولكن قد يتصرف الزوج في ريع المهر بما لا يتحقق الغرض منه أو يهمله إهمالاً كليًا ؛ فللزوجة إذن حق طلب تفريق الأموال القضائي .

وأسباب طلب التفريق وطريقة الدعوى هو ما مر في الأنظمة السابقة حرفًا بحرف .

نتيجة تفريق الأملاك في نظام المهر :

يمكن تلخيصها في قاعدتين :

الأولى : تحل الزوجة محل زوجها في إدارة أملاك المهر والانتفاع بها [1] .

فيكون للزوجة الحق في إدارة أملاكها أكثر من المرأة المفصولة أملاكها اعتياديًا من زوجها ، فتقبض كل حقوقها ، وتؤجر أملاكها ، وهي التي تباشر كل عمل قضائي ماعدا المرافعة فتكون بإذن الزوج أو القضاء ، وهي التي تتمتع بإيرادها وريع مهرها فتوفر منه ما تشاء لنفسها ، وما تشتريه بهذا يدخل في أموالها الخاصة .

الثانية : بقاء ضمانات المحافظة على أعيان المهر وإرجاعه بالرغم من التفريق المالي القضائي ، فإن الزوجة لا تزال تحت سلطان زوجها فيجب إبقاء المحافظة عليها حتى بعد فصل أملاك المهر .

وعلى ذلك يبقى الملك قسمين : مهر ، وملك خاص بعد التفريق وكلما تملكت شيئًا عاد إلى أصله حسب عقد ترتيب أموال الزوجين .

فإن كان المهر في أملاكها الحاضرة والمستقبلة ؛ فكل الذي يؤول إليها يضم إلى المهر . ويبقى أصل عدم جواز حجز أموال المهر العقاري وعدم جواز تمليكها ، فلا يجوز لأي دائن الحجز على أموال المهر ولا رهنها ولا بيعها ، ويمتد عدم جواز الحجز إلى إيراد عقار المهر فلا يجوز الحجز عليه إلا فيما زاد عن حاجة العائلة . فإن كان الحجز بدين ثمنًا لضروريات الحياة والمعيشة جاز على كل الإيراد . أما المهر المنقول سواء أكان جسمانيًا أم أدبيًا ؛ فليس للمرأة حق التصرف فيه ولو مع إذن

---

(1) قاعدة : للزوجة الحق أن تحل محل زوجها في إدارة أملاك المهر والانتفاع بها .

الزوج ، وينقطع عدم التملك بوضع اليد المدة القانونية فيبتدئ سريان المدة من وقت التفريق المالي ، وبذلك يمكن للغير تملك العقار أو تملك حق عيني عليه بمضي المدة من وقت التفريق . كذلك يبتدئ سقوط حق الدعوى من تاريخ التفريق إذا كانت معلقة على ذلك . والتفريق الجسماني يبقي عدم أهلية المرأة في التصرف في المهر كما توضح في هذا الباب .

نظام أملاك المرأة الخاصة :

مال المرأة الخاص قسمان : مالها الخاص الخالص ، ومالها الذي يحتوي على شيء من المهر . فمالها الخاص الخالص : هو الذي ليس مهرًا ولا يحتوي على أي قيمة مهرية ، وهو المال الاعتيادي ، ودائمًا المال الخاص للزوجة هو القاعدة والمهر هو الاستثناء .

المرأة تنتفع بغلة وثمرات أملاكها الخاصة ، وتشترك في نفقات العائلة حسب شرط العقد ، فإن لم يكن شرط فعليها في النفقات إلى 3/1 إيرادها .

المرأة تدير أملاكها ولها تمليك المنقول والتعاقد للإيجار وما يلزم للإدارة بدون إذن الزوج أو القضاء . أما التقاضي أو تمليك العقار ، فيجب إذن الزوج أو القضاء .

تداخل المهر في مال الزوجة الخاص ، وذلك كأن اشترى الزوج من إيراد المهر شيئًا لزوجته فهو خاص ولكنه من ريع المهر ، أو اشترت المرأة عقارًا بعد التفريق المالي من ريع مهرها فليس بمهر ، وإنما هو خاص دخل فيه المهر .

إدارة هذه الأملاك الخاصة التي تداخل بها المهر للمرأة وإيرادها لها بشرط أن تترك للزوج قيمة تعادل ما دخل فيه من المهر ، ويجوز للمرأة تمليكه بإذن الزوج بعوض وبغير عوض بشرط أن يتعهد المتملك بقيمة ما يعادل ما دخل فيه من المهر في التمليك بغير عوض .

إرجاع المهر :

الحوادث التي تقتضي رد المهر إلى الزوجة ، متى حدث واحد من الأسباب الآتية جاز للزوجة استرجاع مهرها وهي :

1 - انحلال الزوجية بموت أحد الزوجين أو بالطلاق .

2 - التفريق الجسماني بين الزوجين .

3 - تفريق الأملاك القضائي .

4 - إعلان حالة الغيبة .

وعلى المرأة تقديم الدليل على ما قدمت من مهر ، فإن كان الدفع منها فما كان أقل من 150 فرنكًا تقبل فيه الشهادة ، وما زاد فلا ، وإن كان الدفع من الغير ؛ جاز إثباته بكافة الطرق .

ويفترض القانون أن الزواج الذي دام أزيد من عشر سنين يكون الزوج قبض المهر الموعود به بالفعل إلا إذا أقام الزوج الدليل على خلاف ذلك .

ومدة إرجاع المهر في العقار تكون مباشرة ، وفي المنقول لمدة سنة من تاريخ انحلال الزواج ؛ لأن الواجب رده هو القيمة وذلك في الوفاة أو الطلاق ، وأما في التفريق الجسماني أو القضائي ؛ فيجب رد المهر من غير أجل .

وفي رد القيم لا يُقبل من الزوج معارضة في تلف أو ضياع أو قوة قاهرة ؛ لأن القيمة وجبت في الذمة ، وفي رد العقار أو الأعيان التي بقيت على ذمة الزوجة ترد بحالتها التي هي عليها بدون تعويض إلا إذا كان أتلفها هو .

وتقسم الثمرة بين الطرفين في السنة الأخيرة بنسبة الشهور التي مضت مع قيام الزواج بينهما ، ولا فرق بين الثمرة الطبيعية ، أو الصناعية ، أو المدنية .

وللزوجة المتوفى عنها زوجها أن تنتفع بالتركة مدة سنة فيما يأتي :

أولًا : في لوازم المعيشة بشرط أن تتنازل عن فوائد المهر في نفس هذه المدة .

ثانيًا : السكنى وثياب الحداد بدون احتساب فوائد المهر أيضًا .

شركة الملك التابعة لنظام المهر :

وهو اتفاق الطرفين على إيجاد أملاك مشتركة بينهما مناصفة تتكون من اقتصادهما ومن ثمرة أعيان المهر وما يفيض عنهما من نفقة المنزل بجوار نظام المهر .

وفائدته : أنه يحقق للطرفين حفظ الثمار وما تقتصده المرأة ، وهو يكوّن نظامين في زواج واحد : نظام المهر ونظام شركة أموال الزوجية ؛ ولهذا توجد صعوبات في تصفية هذا النظام ؛ فيجب اعتبار نظام الزوجين ، ونظام المهر ، وشركة الأموال تابعة له ، فتطبق جميع القواعد الخاصة بالمهر ماعدا تحديد أموال الشركة وكيفية

إدارتها وطريقة تصفيتها فيتَّبع فيها ما اتُّبع في شركة أموال الزوجية .

ويبقي نظام المهر من عدم جواز تمليكه وعدم تملكه بمضى المدة وعدم جواز الحجز عليه .

وللزوج إدارة أموال المهر والتمتع بثمراته وغلته إلا ما زاد وتوفر فعلى الزوج وضعه فى أموال الشركة للأملاك التابعة للمهر .

والأملاك الخاصة بالزوجة لها حق إدارتها والتمتع بإيرادها ، ولكن ما توفره منها الزوجة يدفع لشركة الأملاك التابعة للمهر .

ويتكون مال الشركة في الأملاك التابعة للمهر من :

1 - غلة الصناعة الخاصة بكل واحد من الزوجين ، ومن ادخارهما من إيرادات وثمار أملاكهما الخاصة .

2 - أملاكها بعوض مدة الزوجية .

ويتكون ما على الشركة من الالتزامات التي تعاقد عليها الزوج وما تعاقدت عليها الزوجة بإذن الزوج متى كان خاصًّا بالشركة ، وإلا فعلى من تعاقد تعويض للشركة حيث كان الالتزام لملك خاص .

وإدارة الشركة من حق الزوج ؛ فلا تسلب منه بشرط ولا باتفاق ، ومتى انحل الزواج فالشركة تبع له ، وتسري عليها أحكام شركة الأملاك الزوجية في تصفيتها [1] .

بند [2] نظام الزواج في التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي : الزواج في التشريع الإسلامي ليس له إلا نظام واحد ، وهو أن الزواج ينصب على معناه الحقيقي ، فلا علاقة له بالأملاك ، ولا بأهلية الزوجة ولا بتصرف الزوج [2] .

فلا سلطان للزوج على مال زوجته إلا في حدود الحقوق العامة إذا بذرت أو أسرفت ، أو تصرفت بدون عوض فيما زاد عن الثلث في مذهب الإمام مالك ،

(1) انظر : البنود من 1540 إلى 1581 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 42 - 51 .

(2) قاعدة : لا علاقة للزواج بالأملاك ولا أهلية الزوجة .

ولا تشاطر المرأة زوجها في نفقات المنزل والعائلة وجوبًا ، فإن تبرعت كان ذلك من حسن العشرة من جانبها . فإن كان الزوج فقيرًا وهي موسرة ولها منه أولاد وجب عليها القيام بالنفقة على أن يكون دينًا على الزوج متى أيسر .

وعلاقة الزوج بالمهر كعلاقة أي أجنبي من الزوجة . فمتى فرضه على نفسه وجب عليه أداؤه لها كله بعد الدخول (1) فإن كانت الفرقة قبل الدخول (2) فعليه نصف ما فرض (3) ولها مقاضاته للحصول على حقها منه ، ولا يجوز لدائني الزوج الحجر على أملاكها إطلاقًا إلا في حدود الأحكام العامة كما إذا كانت ضامنة له ، أو شريكة في المديونية (4) حتى ولو كان سبب الدين ضرورات الحياة ؛ لأن النفقة واجبة أصالة على الزوج فلا شأن لها بدين زوجها ، كذلك لا شأن للزوج بدين زوجته إلا في حدود التوكيل العرفي (5) مثلًا لمصلحة المنزل كما تقدم ذلك في نفقة الزوجة والأقارب .

وبما أن الزوجة بتنازلها عن حريتها الشخصية والتزامها طاعة زوجها قد حققت للزوج كل سلطته الزوجية وراحته في منزله حين يأوي إليه ، وقد قَصَرَتْ نفسها عليه خاصة من كل ناحية فكان عدلًا وجوب نفقة المنزل والأولاد على الزوج متى كان قادرًا على ذلك ، فهذا عدل مطلق سنته الشرائع السماوية ، وهو خير ألف مرة من تشريع أعرج أخذ كل حقوق المرأة وجعلها رقًا للرجل بل وألزمها بنفقة المنزل وجوبًا مع زوجها (6) .

بند [3] نظرية عامة في المهر

القانون الفرنسي : للمهر معنى خاص وهو ما تحمله المرأة لزوجها بمناسبة الزواج

---

(1) اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول ، أو الموت ، أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ النساء آية 20 . وأما وجوبه بالموت ، فلانعقاد الإجماع على ذلك . بداية المجتهد (31/2 ، 32) .

(2) قاعدة : وجب على الزوج أداء المهر للزوجة كله بعد الدخول بها ونصفه إذا كانت الفرقة قبل الدخول .

(3) اتفقوا أنه إذا طلق قبل الدخول ، وقد فرض صداقًا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ بداية المجتهد (33/2) .

(4) قاعدة : لا يجوز لدائني الزوج الحجر على أملاك الزوجة إلا إذا كانت ضامنة له أو شريكة معه في المديونية .

(5) قاعدة : لا شأن للزوج بدين زوجته إلا في حدود التوكيل العرفي .

(6) يقول الدردير عن النفقة ووجوبها على الزوج فقط : « تجب نفقة الزوجة المطيقة للوطء حرة أو أمة ، بوئت الأمة بيتًا مع زوجها أم لا ، على الزوج البالغ حرًا أو عبدًا الموسر بها على قدر حاله » . الشرح الصغير جـ 2 ص 173 .

وهو خاص بالمرأة ، ومعنى عام وهو يشمل ما يعطيه شخص ثالث إلى الزوجين بمناسبة زواجهما . فالمهر إذن هو ما تحمله المرأة لزوجها من ملكية ، أو حق تمتع لمساعدته في تحمل عبء الزواج .

وفي القانون الروماني تجهيز البنت بمهر واجب على الأب : وفي القانون الفرنسي تجهيز البنت واجب أدبي .

طبيعة المهر :

المهر مركب من عمليتين : تمليك بدون مقابل وهو تمليك الأب لبنته مهرها ، وتمليك بمقابل وهو تمليك الزوجة لزوجها المهر نظير تعهده بمصاريف العائلة . وينتج عن ذلك :

أولًا : إذا مات الأب الذي دفع المهر لابنته وترك ميراثًا لورثته الذين من بينهم البنت الممهورة وجب على البنت الممهورة دفع قيمة مهرها للتركة .

ثانيًا : إذا زاد المهر المعطى لابنته عن حدود العطاء فللأب الحرية الكاملة في تنظيم الباقي للورثة خاصة ، وللورثة تنقيصه إلى ما يسمح به القانون .

ثالثًا : إذا تسبب عن إمهار بنت أن عجز أبوها الذي أمهرها عن دفع ديونه ، أو توقف أو زادت حالته في الديون ؛ فلدائني الأب المذكور استرجاع المهر بطريق (دعوى بولين) بدون احتياج لإثبات اشتراك البنت مع أبيها في ذلك ، لكن عليهم إثبات سوء نية زوج البنت الممهورة .

رابعًا : إذا أمهر تاجر بنته وكان متوقفًا عن الدفع ؛ فلوكيل الدائنين إبطال هذا التصرف باسم الدائنين ، وعلى الوكيل إثبات علم زوج البنت الممهورة بحالة أبيها .

نتائج دفع المهر في أنظمة الزواج المختلفة :

نظام شركة أموال الزوجية :

1 - دفع المهر لولد أحد الزوجين من فراش سابق ، يعتبر المهر المدفوع دينًا خاصًا على دافعه ، فإذا كان مدفوعًا بمساعدة أموال شركة الزوجية فعلى والد الولد الممهور تعويض الشركة .

2 - دفع المهر لولد مشترك : يلاحظ أن إمهار ولد مشترك ليس من لوازم شركة

أموال الزوجية ، وإنما هو دين خاص يتحمل كل واحد من الزوجين نصيبه فيه في أملاكه الخاصة ، فإن اشتركا في دفعه واتفقا على حصة كلٍّ فَبِهَا ، وإن لم يتفقا فعلى كل واحد النصف ، فإن دفعه الزوج فقط فيفرض القانون أنه دفعه من الشركة ، وإن دفعه من ماله الخاص فيرجع بتعويض على الشركة ، وإن دفعه أحدهما من ماله الخاص وأعلن ذلك فهو عليه في ماله الخاص .

نظام المهر :

متى دفع الزوجان مهرًا لولدهما من غير تمييز لما يتحمله كل واحد اعتبرا مشتركين . فإذا قدمه الأب فقط قيامًا بحقوق الأبوة والأمومة فالأم ليست ملزمة بشيء ولو حضرت وقت تحرير العقد والأب هو الملزم به فقط .

فإن قدمه من بقي حيًا من الأبوين اعتبر من نصيب الولد في ميراثه ، وما زاد ففي نصيب من قدم المهر .

التزامات مقدم المهر :

يلتزم دافع المهر بأمرين :

أولًا : دفع الفوائد : متى كان المهر مبلغًا من المال ولم يُدْفع للزوجين وجب على مقدِّمه دفع الفوائد من يوم الزواج ؛ لأن المهر مخصص للمساعدة في نفقة العائلة حتى ولو كان المهر لم يحل أجله للدفع إلا لشرط صريح ينفي هذا .

ثانيًا : ضمان المهر : يجب على معطي (مقدم) المهر ضمان ملكية ووضع اليد للزوجين للانتفاع بالمهر ، فإن استحقه أحد أو لحقه أي حق للآخرين رجع الممهور على المعطي بما يعوضه بكل ما أصابه من ضرر بسبب هذا ، وإنه وإن خالف القانون العام فى أن المعطي يضمن الضرر الذي يأتي من ناحيته فقط ، إلا أن الغرض حفظ حق العائلة ضمانًا لما تسد منه حوائجها [1] .

بند [4] المهر

التشريع الإسلامي : المهر في التشريع الإسلامي : ما يدفعه الزوج أو وليه أو وصيه

(1) انظر : البنود من 1540 إلى 1581 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الثاني ، ص 42 – 51 .

إلى الزوجة بمناسبة الزواج نظير [1] تنازل الزوجة عن حريتها العامة ، ولزومها طاعة زوجها ، أو ثمنًا وتعويضًا لما يتمتع به الزوج منها مما وهبه الله للأنثى لتكون من الزوجين عائلة ، أو تعويضًا للمرأة عن ضعفها في الحياة العملية وطلب الرزق .

ومهما قيل في تعليله فقد شدد المشرع في لزوم المهر في الزواج ، فقرر أن الزواج إذا عقد على عدم المهر فيه فهو فاسد يفسخ قبل الدخول [2] ويثبت بعده بمهر المثل [3] كما إذا استحق كله أو تعَيَّب ؛ فإن الزوج ملزم بالقيمة أو بالمثل على تفصيل في ذلك .

وقد يتجوز في معنى المهر فيطلق على ما يعطيه أب الزوج له أو أب الزوجة لها قبل عقد الزواج أو بعده ، ولكنهم يطلقون عليه اسمًا خاصًّا اصطلاحًا فيسمى (نِحْلَة) .

فالنحْلَة ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه ، أو والد الزوجة لابنته في عقد نكاحها ، وينعقد النكاح على ذلك . فإذا وقع ذلك فهي لازمة للناحل (المعطي) في ماله وذمته ، يؤخذ بها في حياته وبعد مماته لا يبرئه منها إلا الأداء ، فإن مات الأب قبل أن تحاز فالنحلة صحيحة نافذة على القول المختار ، فإن ماتت المنحولة فمن حق الزوج ميراثه في النحلة .

فالمهر ملك خاص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء في تجهيز نفسها حسب العرف والعادة ، وللزوج الخيار في البقاء أو الطلاق قبل الدخول إذا لم تجهز نفسها حسب قيمة الصداق ، وحسب العرف والعادة في مثل ذلك .

وليس الأب ملزمًا شرعًا بتجهيز ابنته من ماله الخاص ، بل هو ملزم بتجهيزها

---

(1) المهر الواجب للزوجة ليس في نظير شيء مما ذكره المؤلف ، وليس عوضًا عن شيء من ذلك ، لأن الزواج ليس من عقود المعاوضات ، وإنما وجب المهر هبة للزوجة طبقًا لما دل عليه نص قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ .

(2) قاعدة : الزواج إذا عقد على عدم المهر فيه فهو فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل وهذا هو مذهب المالكية الذين رأوا أن اشتراط عدم المهر يفسد النكاح ، وهو مذهب ابن حزم وبعض الشافعية . أما الأحناف والحنابلة وجمهور الشافعية فلا يبطل الزواج عندهم بهذا الشرط ، وهو ما يستند إلى قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ﴾ (البقرة : 236) . وطبقًا لهذا الرأي يصح الزواج ولو لم يسم المهر . انظر فتح القدير 205/3 ، والمحلى 516/9 والمغني 712/6 وبداية المجتهد 16/2 وحاشية الدسوقي 303/2 وبلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 414/1 .

(3) الاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد . الشرح الصغير (97/2) .

من صداقها وجوبًا ومن مالها إذا احتاجت لا من ماله ، فإن ذلك مستحب مرغب فيه ، أو سمه واجبًا أدبيًّا وهو مأخذ التشريع الفرنسي .

فإن جهز الأب ابنته وأدخلها بيت زوجها ، ثم بعد الدخول ادعى أنه أعارها هذا الجهاز ، فإن كان قبل مضى سنة أو أشهد على ذلك قُضِي له به ، ثم ينظر في الباقي فإن كان بقدر صداق الزوج فبها وإلا قضى على الأب بجهاز المثل لابنته .

طبيعة المهر :

المهر المعروف المقدم من الزوج أو من وليه للزوجة تأخذه نظير عوض ، وهو جواز التمتع والقصر على منفعة الزوج . ولذلك كان للزوجة الحق في منع نفسها من طاعة زوجها ، أو تمكينه منها ، أو السفر معه إذا أراد انتقالها مادام الزوج لم يدفع مهرها ، أو ما عُجِّل لها منه ، ويكون امتناعها بحق ، ولا تجبر على ذلك قضاء [1] .

فإن أدى الزوج المهر المعجل ، أو ما حل منه لزوجته أجبرت على طاعته وعلى تسليمها نفسها له ؛ لأنها قبضت العوض ، ولا يملك الزوج من المهر شيئًا إلا حق الانتفاع بجهاز زوجته الذي اشترته من صداقها ، ولكن لا يملك التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف إلا بإذنها [2] ، كأي شخص أجنبي منها .

ولا دخل للزوجة في مصاريف العائلة ، ولا نفقة أولاده منها مادام الزوج قادرًا على ذلك حسب قدرته ، وقد تقدم ذلك في باب النفقة فارجع إليه إن شئت .

وينتج عما سبق ما يأتي :

أولًا : إذا مات الأب الذي جهز ابنته البكر وأدخلها به على زوجها ، فلا حق للورثة في هذا الجهاز الذي جهزها به أبوها من ماله زيادة على حقها في ميراثها منه [3] ؛ لأنها هبة حازتها الموهوب لها ، وكذلك تختص به دون الورثة إذا أشهد

---

(1) قاعدة : للزوجة الحق في منع نفسها من طاعة زوجها ، أو تمكينه منها ، أو السفر معه إذا أراد انتقالها مادام الزوج لم يدفع مهرها ، أو ما عجل لها منه ، ويكون امتناعها بحق ولا تجبر على ذلك قضاء .

(2) قاعدة : لا يملك الزوج من المهر شيئًا إلا حق الانتفاع بجهاز زوجته الذي اشترته من صداقها ، ولكن لا يملك التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف إلا بإذنها .

(3) قاعدة : إذا مات الأب الذي جهز ابنته البكر وأدخلها به على زوجها فلاحق للورثة في هذا الجهاز الذي جهزها به أبوها من ماله زيادة على حقها في ميراثها منه .

الأب بذلك لابنته ، ولا يضر بقاؤه بعد ذلك تحت يده ، وكذلك تختص به دون الورثة إذا اشتراه الأب من ماله ووضعه عند أمها أو زوجة أبيها ومات وهو منسوب للبنت بإقرار المورث أو بالبينة . والأم كالأب في هذه الأحكام .

ثانيًا : ليس للعطاء أو الهبة حد محدود كالوصية فلو أعطى أب لابنته نصف ما يملك ، ولم يكن مدينًا ، وجهزها به مثلًا وقبضته ؛ فليس له الحق في الرجوع عليها بشيء (إلا في مسائل الاعتصار) [1] من الولد في باب الهبة (تراجع الهبة) [2] .

ومسألة تنظيم الميراث بين الورثة قبل الوفاة لا يكون لأحد ؛ لأن المشرع السماوي حدد نصيب كل واحد ، وإن أجازه قانون الوصية الجديد ، وأما مسألة تخصيص بعض الورثة بشيء من مال المورث قبل الوفاة ففيها خلاف ، هل يجوز لأنه تصرف المالك فيما يملك . أو لا يجوز ؛ لأنه حرمان في الواقع للوارث من حقوقه كاملة . وسيأتي بحث ذلك في موضعه .

وليس للوارث تنقيص قيمة الصداق الذي دفعه المورث لولده لتجهيزه في الأحوال الماضية ، متى أدخل الجهاز في بيت الزوج ، أو أشهد أن هذا الجهاز لابنته ، أو أودعه عند الأم على ذمة ابنته مثلًا ، مهما كانت قيمة هذا الصداق .

---

(1) تناولت المادة 500 من القانون المدني المصري موضوع الرجوع في الهبة ، وهو ما تناولته المادة 620 من التقنين العراقي التي تنص على أن : « للواهب أن يرجع في الهبة برضا الموهوب له فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ، مالم يوجد مانع من الرجوع » .

وكذلك المادة 576 من التقنين الأردني التي تنص على مايأتي :

1 - للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

2 - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع .

وهو ما تناولته المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

2 - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(2) يقول ابن رشد : « ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن ، أو لم يستحدث دينًا ، أو بالجملة مالم يترتب عليه حق للغير » . بداية المجتهد جـ 2 ص 332 ، الشرح الصغير جـ 2 ص 339 .

ثالثًا : إذا تسبب عن إمهار بنته أن عجز أبوها الذي أمهرها عن دفع ديونه ، أو توقف عن الدفع ، أو زادت حالته في الديون بطلت الهبة وجاز لدائني الأب استرجاع المهر لسداد ديونهم ؛ لأن إحاطة الدين بمال الواهب تمنعه من التبرع [1] ، والإمهار تبرع . ولو كانت الإحاطة بعد عقدها فالمراد ثبوت دين محيط على الواهب كان سابقًا على الهبة أو لاحقًا ، فمن أحاط الدين بماله ليس له التبرع .

وعلى الدائنين إثبات إحاطة الدين بأب الممهورة وإثبات دينهم دون سوء نية البنت أو زوجها فلا دخل لهما في ذلك [2] .

رابعًا : إذا أمهر تاجر بنته وكان متوقفًا عن دفع ديونه كان التصرف باطلًا ، أو موقوفًا على إجازة الدائنين ؛ لأنه تصرف بلا مقابل ، و المدين ممنوع من ذلك خصوصًا المتوقف عن الدفع ؛ لأنه في حكم المفلس حقيقة ، فتصرفه مضيع لحقوق الدائنين فيمنع منه ، ويحكم ببطلانه ، ورد ما دفعه إذا فعل ، أو يوقف على إجازة الدائنين .

---

(1) قاعدة : إحاطة الدين بمال الواهب تمنعه من التبرع .

(2) تناولت المادة 237 من القانون المدني المصري حق الدائنين في منع المدين من التصرفات الضارة بهم وهو ما تناولته المادة 263 من التقنين العراقي ، والمادة 310 من التقنين الكويتي .

وكذا المادتان 370 ، 371 من التقنين الأردني . فالمادة 370 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالًا أو مؤجلا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساوى فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به . وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة 371 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط بماله ديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ، ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة . وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم ، ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقًا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي ؛ ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر ، فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم ، ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولًا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله ، وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له (الخرشي جـ 5 ، ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 ، 263) .

ثانيًا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله (الحطاب جـ 5 ص 35) .

ثالثًا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين ، فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ، ويكون سببًا في إعسار المدين أو زيادة إعساره (حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 ، 263 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265) . (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 و 192) . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 79 .

دفع المهر للولد يعتبر من أملاك الدافع الخاصة إلا إذا كان موكلًا من غيره في الدفع فلا شركة في الأموال بين الزوجين [1] .

التزامات مقدم المهر :

يلزم دافع المهر شيء واحد ، تسليم المهر متى كان حالًّا خاليًا من حقوق الغير لتضع الزوجة يدها عليه ملكًا خالصًا لها ، وإليك أحكام الصداق .

أحكام الصداق :

أولًا : ضمانه إذا ضاع الصداق المعين . فإن قامت على ضياعه بينة فلا يخلو

1 – أن يكون النكاح صحيحًا وقامت على ضياعه بينة ؛ فالضمان من الزوجة بمجرد العقد ، ولا ترجع على الزوج بشيء منه ، بل يضيع عليها سواء كان في يده أو يدها .

2 – أن يكون النكاح فاسدًا فلا تضمنه الزوجة إلا بالقبض فإذا لم تقبضه فلا ضمان عليها .

وهذا كله ما لم يحصل طلاق قبل الدخول ، فإن حصل قبل الدخول طلاق والفرض أنه قامت على هلاكه بينة ؛ فإن الضمان يكون منهما ، بمعنى أن من تلف من يده لا يرجع الآخر بحصته .

وإن لم تقم على هلاكه بينة وكان مما يغاب عليه فلا يصدق من ادعى ضياعه بل يكون ضامنًا له . فإن حصل طلاق قبل الدخول في هذه الحالة فضمانه ممن هو في يده ، فمن ضاع في يده يغرم للآخر حصته [2] .

ولا فرق في الفاسد بين أن يكون فاسدًا لصداقه أو لعقده . وقال بعضهم : إن كان الفساد للعقد فقط كان الضمان بالعقد كالنكاح الصحيح .

ثانيًا : تلفه : إذا تلف الصداق وكان مما يغاب عليه ولم تقم على التلف بينة

---

(1) قاعدة : دفع المهر للولد يعتبر من أملاك الدافع الخاصة إلا إذا كان موكلًا من غيره في الدفع ، فلا شركة في الأموال بين الزوجين .

(2) إن هلك الصداق بعد العقد كما لو مات ، أو حرق ، أو سرق ، أو تلف من غير تفريط أحد من الزوجين ، وثبت هلاكه ببينة ، أو بإقرارهما عليه كان مما يغاب عليه أو لا ، كان بيد الزوج ، أو الزوجة ، أو غيرهما ، أو لم تقم على هلاكه بينة ، وكان مما لا يغاب عليه منهما معًا ، فلا رجوع لكل منهما على الآخر ، ويحلف من هو بيده أنه ما فرط . وإن كان مما يغاب عليه ، ولم تقم على هلاكه بينة فيغرم الذي كان بيده النصف لصاحبه . الشرح الصغير (103/2) .

فضمانه ممن تلف في يده ، كان الزوج أو الزوجة [1] . فإن كان بيد الزوج وادعى ضياعه وكان قد دخل بها ضمن لها قيمته إن كان مقومًا ، ومثله إن كان مثليًا ، وإن كان بيد الزوجة المدخول بها ضاع عليها ولا يطالب الزوج بشيء .

فإن كانت طلقت قبل الدخول وكان المهر بيد الزوج وادعى ضياعه ؛ فإنه يضمن لها قيمة النصف أو مثله ، وإن كان بيد الزوجة ؛ ضمنت قيمة النصف أو مثله للزوج كذلك .

ثالثًا : استحقاقه [2] إما أن يكون الصداق معينًا واحدًا ، أو متعددًا ، أو غير معين . وغير المعين إما مثلي ، أو غير مثلي .

1 - فإن كان الصداق معينًا وكان واحدًا ؛ فإن استُحِقَّ جميعه رجعت عليه بقيمته ، وإن استُحِقَّ بعضه فإن كان عقارًا كدار بعينها مثلًا ، فإن كان الجزء المستَحَقّ يوجب ضررًا بأن كان أزيد من الثلث كان لها الخيار بين أن ترد الباقي وتأخذ القيمة ، أو لا ترده وترجع على الزوج بقيمة ما استُحِقَّ ، وإن كان الجزء المستحَقُّ الثلث أو كان شيئًا تافها لا ضرر فيه رجعت بقيمة ما استُحِقَّ فقط .

2 - وإن كان الصداق معينًا متعددًا كعبدين ، أو فرسين ، أو ثوبين معينين ، ثم استحق منه جزء قل أو كثر ولو 3/2 كان لها الخيار بين أن ترد الباقي وترجع بقيمة الجميع ، وأن لا ترده وترجع بقيمة ما استحق .

3 - وإن كان الصداق غير معين ؛ فإن كان مقومًا رجعت عليه بالقيمة ، وإن كان مثليًا رجعت عليه بالمثل ، ولا يفسخ النكاح في كل ما تقدم .

رابعًا تعيُّبه : إذا اطلعت الزوجة على عيب في الصداق ، وكان هذا العيب قديمًا أي موجودًا فيه عند الزوج ؛ كان لها الخيار بين الرد وأخذ القيمة والتمسك به كما قبضته والرجوع بقيمة العيب ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العيب قليلًا أو كثيرًا ، ولا بفسخ النكاح على أي حال .

فإذا قبض الولي صداق من في حجره لا يجوز له أن يدفع لها مهرها عينًا . فإن فعل ذلك فإنه يضمنه للزوج ليشتري به جهازًا ، وتبرأ ذمة الولي بأحد أمور ثلاثة :

أولًا : أن يشتري به جهازًا يصلح لها ، وتشهد البينة بدفعه لها ومعاينة قبضها له ولا يحتاج لإقرارها بالقبض .

(1) قاعدة : إذا تلف الصداق وكان مما يغاب عليه ، ولم تقم على التلف بينة ، فضمانه ممن تلف في يده كان الزوج أو الزوجة .

(2) الشرح الصغير (103/2) .

ثانيًا : أن يشتري الجهاز ويحضره لقاصرته ببيت دخلتها ، وتعاينه البينة أنه وصل إليه .

ثالثًا : أن يشتري الجهاز ويوجهه إلى بيت دخلتها بعد تقويمه ومعاينته ولا تفارقه البينة حتى يوجه إلى بيت البناء وإن لم تصحبه البينة إلى البيت ، ولا تسمع دعوى الزوج أنه لم يصل إلى بيته بعد هذا [1] .

(1) راجع أحكام الصداق مفصلة كاملة في : الشرح الصغير جـ 2 ص 97 ، 98 ، 99 . بداية المجتهد جـ 2 ص 18 وما بعدها ، الكافي لابن عبد البر ص 251 .

نتيجة المقارنات

يختلف التشريعان فيما يأتي :

نظام المهر - تكوين المهر - حقوق الزوج على أعيان المهر - ضمان خاص لحفظ ورد المهر - تفريق الأموال القضائي - نظام أملاك المهر الخاص - إرجاع المهر - شركة الملك التابعة لنظام المهر - نظرية عامة في المهر .

القسم الثامن

الكتاب الأول

بند [5] الميراث

القانون الفرنسي : بين الميراث ونظام الزواج علاقة ؛ فبالوفاة ينتهي الزواج وتقسم التركة فيوجد الميراث .

للميراث معنيان :

أولًا : نقل ملكية أملاك المتوفى إلى الوارث .

ثانيًا : نفس الأعيان الموروثة من الشخص المتوفى وهذا المعنى يعادل الوراثة .

للوراثة طريقان :

الأول : الطريق الطبيعي وهو وراثة بالقانون ، وهو ما يتم بعد الوفاة من استحقاق كل وارث نصيبه المقدر قانونًا .

والثانى : بطريق الوصية وهو ما يرتبه المالك حال حياته لينفذ بعد وفاته ، أو هو إرادة المالك حال حياته تنفذ بعد وفاته ، وقد ألحقها القانون بالهبة بين الأحياء .

لمحة تاريخية :

كان الميراث في فرنسا مختلفًا كل الاختلاف في البلاد ذات القانون المكتوب وفي البلاد ذات العوائد ؛ ففي الأولى كان ينفذ القانون الروماني فكانت الوصية هي الأساس ، وفي الثانية كان الميراث القانوني هو الأساس والوصية في محل ثانوي فهو مؤسس على الاشتراك العائلي في المتوفى .

وسبب الميراث الوفاة الطبيعية لا المدنية التي ألغيت سنة 1854 ، ومكان الميراث هو محل إقامة المتوفى القانوني ، ويترتب على ذلك اختصاص محكمة محل الإقامة بجميع الدعاوى الخاصة بالتركة بين الورثة أو بينهم وبين الدائنين أو الموصى لهم .

القسم الأول في شروط الوارث :

يشترط في الوارث شرطان :

متى ادعى شخص أنه يرث شخصًا آخر أقرب إليه من أي شخص آخر حسب القانون فيجب أن يكون .

أولًا : أهلًا للميراث .

ثانيًا : أن لا يكون ممنوعًا من الميراث . وبيان ذلك .

أولًا : عدم الأهلية في الميراث :

يعتبر غير أهل للميراث كل شخص لم يستجمع الشروط المطلوبة قانونًا في الشخص الوارث سواء من جهة عدم أهليته في مباشرة حقوقه أو في التمتع بها .

والأشخاص العديمو الأهلية في الميراث هم :

أولًا : الطفل الذي لم تحمل به أمه حين وفاة المورث .

ثانيًا : الطفل الذي ولد ميتًا أو الذي ولد غير قابل للحياة .

ثالثًا : الشخص الذي لم تتحقق حياته بعد وفاة المورث .

دليل الحمل :

يجب إثبات أن الحمل حصل حين الوفاة ، ولكن إثبات ذلك بدليل قاطع مباشر غير ممكن لتغيّب الحمل في الرحم ؛ فعمد القانون إلى وضع قواعد اعتمد فيها على قرائن الأحوال لتذليل الصعوبات المذكورة .

ففي البنوة القانونية حتم أقل مدة الحمل بـ 180 مائة وثمانين يومًا وبـ 300 ثلاثمائة يوم في الحمل لأكثر مدته ، وعلى هذا يجب تطبيق هذه القاعدة على من يستحق أن يكون وارثًا .

فالولد الذى يولد بعد وفاة مورثه لأزيد من 300 يوم يكون قد حُمِلَ به بعد الوفاة فلا يرث ، والذي يولد لأقل من ذلك يعتبر محمولًا به حال حياة المورث فهو وارث .

دليل حياة الوارث بعد وفاة المورث :

دليل إثبات الحياة بعد وفاة المورث سهل ممكن تحقيقه بواسطة إشهاد الوفاة لكل منهما . ولكن الصعوبة تأتي عندما يكون الشخص الوارث وُجِدَ ميتًا مع المورث

في حادث واحد كغرق أو مصادمة في سفر أودت بحياتهما فكيف يكون الإثبات ؟ ولأجل حل مثل هذا الإشكال رسم القانون ما يأتى :

(1) من الولادة إلى 15 سنة .

(2) من 15 سنة إلى 60 سنة .

(3) من 60 سنة إلى ما فوق .

فإن كان المتوفيان في السن الأول من الولادة إلى 15 سنة فالمسن منهما هو الذي يبقى حيًّا بعد الأقل ؛ فيحكم بميراثه من الصغير .

وإن كان في السن الثاني 15 إلى 60 أو في السن الثالث من 60 فأزيد ، فالأقل في السن هو الذى يبقى حيًّا بعد الأكبر منه ؛ فهو الذى يرث من الأكبر منه سنًّا ، ومع ذلك ففي السن الثاني إذا اتفقا سنًّا أو اختلفا لأقل من سنة واختلفا جنسًا ؛ فالذكر يبقى دون الأنثى فهو يرثها .

فإن كان أحدهما في السن الأول والثاني في السن الثالث حُكِمَ للأول بالبقاء بعد الثاني فهو الذي يرثه .

وإن كان أحدهما في السن الأول والثاني في السن الثاني حكم للثاني بالبقاء فهو الذي يرث الأول .

وهذه القواعد لا يعمل بها إلا إذا وجدت الشروط الآتية ؛ لأنها ضعيفة فلا يصار إليها إلا عند عدم وجود شيء آخر غيرها .

أولًا : يجب أن يكون الشخصان قد ماتا في حادث واحد : غرق - حريق - هدم .. إلخ .

ثانيًا : يجب أن يكون أحدهما متلقيًا الميراث مباشرة عن الآخر .

ثالثًا : يجب أن يكون الميراث الذي يتلقاه أحدهما عن الآخر ميراثًا شرعيًّا ، أي قانونًا لا ميراثًا بإرادة المورث كوصية .

رابعًا : يجب أن يكون مستحيلًا الحصول على دليل آخر لمعرفة أيهما مات أولًا من شهود ، أو حوادث ، أو أي علامات أخرى ، وإلا متى أمكن دليل آخر فلا يعمل بهذه القواعد .

عدم ميراث الأجانب المتوفين في فرنسا :

كان القانون الفرنسي يمنع ميراث الأجنبي في فرنسا إلا في بلاد يرث فيها الفرنسي فيكون التقابل بالطريق الدبلوماسي ، ثم ألغي هذا القانون وجُعِلَ للأجنبي

الحق أيا كان في الميراث في فرنسا كالفرنسي سنة 1819 ، لكن هذا القانون الفرنسي أباح للفرنسيين حق أخذ أعيان من التركة الموجودة بفرنسا تعادل ما مُنِعَ منه الفرنسي من أعيان التركة الموجودة في الخارج أيًا كان سبب المنع من عادات أو قوانين ، ومحل هذا القانون الدولي الخاص .

ثانيًا : أن لا يكون ممنوعًا من الميراث :

وهو أن يحرم الشخص الذي يصح أن يكون وارثًا من حق الميراث عقابًا له على فعل خطير منه لحق المتوفى ، أو لحق سمعته بعد وفاته . والفرق بين عدم الأهلية للميراث والحرمان منه ما يأتي :

أولًا : أن عدم أهلية الميراث تأتي من أسباب خارجية عامة لا تتعلق بالاستحقاق وعدم الاستحقاق الشخصي للميراث ، بينما الحرمان من الميراث ينتج من سلوك الوارث الإجرامي نحو المتوفى .

ثانيًا : عدم أهلية الميراث سبب عام يمنع الميراث أيًا كان مطلقًا بينما أن الحرمان من الميراث يطبق على ميراث محدود ، فهو خاص

ثالثًا : عدم أهلية الميراث تطبق بقوة القانون بدون حكم قضائي بينما الحرمان من الميراث لا يكون إلا بحكم قضائي .

رابعًا : عدم الأهلية يمنع من تملك الميراث ، بينما أن الحرمان يمنع حفظ الميراث المتملك .

أسباب الحرمان من الميراث :

أسباب الحرمان من الميراث ثلاثة :

أولًا : التعدي على حياة المتوفى : كل من حكم عليه لإرادته قتل المتوفى ، أو لقتله بالفعل يحرم من ميراثه من ذلك المتوفى إذا كان يرث فيه .

فيجب أن يكون حكم عليه بالفعل فلو مات المتعدي قبل الحكم عليه ، أو أطلق سراحه لعدم كفاية الأدلة ، أو سقط عنه الحق العام لمضي المدة لم يُحْرَم من الميراث . ويجب أن يكون الاعتداء بنية القتل أو بالقتل بالفعل ، فلا يكون حرمان من الميراث إذا كان القتل خطأ ، أو لعدم الاحتياط ، أو للإهمال ، أو كان لضرب ، أو جرح أدى إلى الموت بلا نية القتل ، حتى ولو حوكم على ذلك .

ثانيًا : اتهام المتوفى بجناية حكمها الإعدام من الوارث وحكم فيها القضاء بأنها كاذبة ووشاية ، فكل من شهد أو بلغ القضاء بجناية حكمها الإعدام ضد مورثه وحكم بأنها وشاية وكذب يحرم من ميراثه منه . فيجب أن يكون الاتهام بجناية حكمها الإعدام ، ويجب أن يحكم بأنها وشاية وكذب .

ثالثًا : عدم التبليغ عن قاتل المورث مع معرفته له ؛ فكل مكلف يعلم قاتل مورثه ، ولم يخبر البوليس أو القضاء عنه يعتبر شريكًا فيحرم من الميراث . فيجب أن يكون بالغًا ، فلو سكت القاصر أو المحجور عليه عن الإخبار عن القاتل مع معرفتهما له فلا يحرمان من الميراث .

كيف يتحقق الحرمان من الميراث :

يتحقق الحرمان من الميراث بقوة القانون في الحالتين الأوليين ، وفي الثالثة لم توجد عمليًا عند المتشرعين .

وعند علماء القانون يجب صدور حكم قضائي بالحرمان بناء على طلب ذوي الشأن من المحكمة المدنية ، ويمكن الحكم بالحرمان من الميراث قضائيًا بعد وفاة المحروم .

نتائج الحرمان من الميراث :

بالنسبة للوارث المحروم يرجع أثر الحرمان إلى الماضي ؛ فكل تمليك أو ترتيب حقوق عينية على أعيان الميراث تعتبر لاغية ولا أثر لها .

وبالنسبة لأولاد المحروم لا يحق لهم تمثيل والدهم وأخذ ما كان يستحقه من الميراث لو كان حيًا ، لكن هذا لا يمنع أولاد المحروم من الميراث هم أنفسهم إذا كانوا يستحقوا الميراث من أنفسهم لا بواسطة تمثيل مورثهم . فإذا ورث ولد المحروم فليس للمحروم كأب حق التمتع في أموال ولده المورثة عن المتوفى [1] .

بند [6] الميراث

التشريع الإسلامي : الميراث بمعنى العلم : فن يعرف به من يرث ومن لا يرث ، ومقدار ما لكل وارث ، وموضوعه التركات . وغايته : إيصال كل ذي حق حقه من

---

(1) انظر : البابين الأول والثاني ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 159 - 162 .

تركة الميت – والتركة [1] حق يقبل التجزي يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له [2] .

الحقوق المتعلقة بالتركة :

(1) حق تعلق بعين . (2) حق تعلق بالميت .

(3) حق تعلق بالذمة . (4) حق تعلق بالغير .

(5) حق تعلق بالوارث [3] لأن الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت ، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أو لا . الأول الحقوق العينية ، والثاني الدين المطلق . والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه [4] ، وأما لغيره منه وهو الوصية ، وإما لغيره لسبب وهو الميراث .

والميراث قد يكون بمعنى التركة فيقال : استحق زيد ميراث أبيه يعني تركته ، أو زيد حُجِبَ عن الميراث يعني لا يستحق شيئًا منها . والميراث بمعناه الحقيقي تركة ،

---

(1) قاعدة : التركة حق يقبل التجزي يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له .

(2) يقول الدردير : « علم الفرائض وعلم المواريث هو : علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ، ومقدار ما لكل وارث . وموضوعه التركات . وغايته إيصال كل ذي حق حقه من التركة . والتركة حق يقبل التجزي يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك » . الشرح الصغير جـ 4 ص 193 . وبداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(3) يبدأ من تركة الميت من رأس المال بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون من كفن ، وغسل وحمل ، وغير ذلك بالمعروف بما يناسب حاله من فقر ، وغنى ، فقضاء دينه ، يقدم من رأس المال على الوصايا ، فوصاياه من ثلث الباقي ، ثم الباقي لوارثه فرضًا ، أو تعصيبًا . ملخصًا من الشرح الصغير (193/4 ، وما بعدها) .

وقد ضبطت المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام 1953 والمعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975 م الحقوق المتعلقة بالتركة ، ونصها :

1 – يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :

ا – ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .

ب – ديون الميت . جـ – الوصية الواجبة .

د – الوصية الاختيارية . هـ – المواريث بحسب ترتيبها في القانون .

2 – إذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي :

ا – استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

ب – ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

3 – إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

وهذا هو نص المادة 291 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر بالقانون رقم 51 لسنة 1984 .

(4) تناولت المادة 882 من القانون المدني المصري الحقوق المتعلقة بالتركة ، وهو ما تناولته المادة 1093 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة ص 393 .

أو استحقاق حق في تركة لا يتعدى هذا المعنى إلى الوصية ؛ لأن المواريث مقدرة في كتاب اللّه وفي سنة رسوله وإجماع الصحابة فلا يدخل فيها لا هبة ولا وصية (1) .

فالهبة إعطاء ماله قيمة منجزًا حال الحياة ، والوصية إعطاء ماله قيمة مؤجلًا لما بعد الوفاة (2) فلا تدخل الهبة ولا الوصية في الميراث ، ولكل باب من هذا التشريع أحكام خاصة سيأتي تفصيلها .

ومكان الميراث : هو محل إقامة وتوطُّن المتوفى لا محل الوفاة ولا محل المال ؛ لأن فقهاء المالكية قالوا في بيت المال الوارث (والمراد ببيت المال بيت المال الذي لوطنه – مات به أو بغيره من البلاد كان ماله به أو بغيره كما في الحطاب) (3) ثم قالوا : « وانظر إذا لم يكن له وطن هل المعتبر محل المال أو الميت » وعلى هذا يكون مكان الميراث هو محل إقامة وتوطن المتوفى . أما الدعاوى الخاصة بالورثة فتتبع محلِ إقامتهم في دعوى الاستحقاق أو التسليم مثلًا . وأما الدعاوى المتعلقة بعقار التركة ملكًا وتمليكًا إلخ ، فهي في محل إقامة المدعى عليهم ، أو في محل العقار متى تخصص بذلك من ولي الأمر ؛ لأن ترتيب التقاضي لا ينقص من الحق شيئًا ، وإنما ينظم طرقه فيجب اتباع ذلك شرعًا .

شروط الإرث :

يشترط في الإرث أي في استحقاقه خمسة شروط :

أولًا : موت المورث حقيقة أو حكمًا ، فإن لم تتحقق الوفاة حقيقة أو حكمًا فلا ميراث . والموت الحقيقي : ذهاب الروح من الجسد ومعرفة ذلك ودفنه (4) .

---

(1) قاعدة : الميراث لا يدخل فيه هبة ولا وصية .

(2) الوصية مشتقة من وصيت الشيء إذا وصلته كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفاذ التصرف . الخرشي على مختصر خليل (167/8) .

(3) إذا مات الرجل في بلد ، وخلف فيه مالًا ، وخلف أيضا في بلد أخرى ، وفي بلد سواه مالًا غيره ، ولم يكن له وارث إلا جماعة المسلمين ، فإن عامل البلد الذي مات فيه ، وكان مستوطنا به أحق بميراثه ، سواء مات فيه ، أو في غيره ، كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد . مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب (415/6) .

(4) تنتقل أموال التركة إلى الورثة فور وفاة المورث ، وهو المبدأ السائد في الفقه والقضاء ، كما أنه رأي فريق من الفقه الإسلامي ، وهم أغلب الشافعية والحنابلة . وهو الرأي الذي يتفق مع القواعد العامة ، حيث يتحقق الإرث فور الوفاة ، والإرث سبب التملك . والقاعدة أن الأسباب تترتب عليها نتائجها فور تحققها إلا إذا وجد ما يدعو إلى تراخي هذه النتائج . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة 391 .

والموت الحكمي : الغياب مدة لا تعلم حياته من وفاته فيرفع الأمر للقاضي ؛ فيحكم باعتبار الغائب ميتًا فتعتد زوجته ، وتقسم تركته كأنه مات حقيقة [1] .

ثانيًا : تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا [2] . فيخرج من استحقاق الميراث من يأتي :

(1) الطفل الذي لم تحمل به أمه حين وفاة المورث حقيقة أو حكمًا لا يرث من المتوفى .

وحدد المتشرعون في الإسلام أقل مدة الحمل بستة أشهر إلا ستة أيام . فلو أتت بمولود بعد وفاة المورث لخمسة أشهر أو لستة أشهر إلا عشرة أيام من تاريخ عقد الزواج – أعني 170 يومًا – فلا ميراث لهذا المولود في مذهب الإمام مالك ، ومدة الحمل المعتادة تسعة أشهر فإن لم تضع فسنة ، فإن ارتابت ، أو كانت حاملًا فلأقصى مدة الحمل ، وقدرت في مذهب الإمام مالك بأربع سنين أو خمس سنين خلاف [3] ، ويجب في هذه الحالة أن ينظرها الأطباء فقولهم الفصل عند عدم تصديقها ، فلو أتت المطلقة أو المتوفى عنها بمولود في أقصى مدة الحمل بعد قرار الأطباء ، ولم ينفه أبوه ، ولم يلاعن ثبت نسبه وورث من المتوفى ولحق نسبه من المطلق .

وبهذا يكون تحديد المدة ستة أشهر أي 180 يومًا وسنة أي 360 يومًا مأخوذًا من التشريع الإسلامي ، وقد أنقصوه إلى عشرة أشهر عملًا بأن هذا هو الأكثر وقوعًا ، ولكن التشريع الإسلامي بناه على الاحتياط وهو سنة .

فإن لم تتحقق حياة الوارث وقت موت المورث ، أو وقت الحكم باعتباره ميتًا فلا يرث .

فإن وُلد ميتًا فلا يرث ، وأما الذي ولد حيًّا ولكنه غير قابل للحياة فهو وارث ؛

---

(1) يقول ابن عسكر : « وشروط الإرث : تقدم موت المورِّث ، واستقرار حياة الوارث بعده ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث » . إرشاد السالك ص 134 ، الكافي ص 555 . وقد جاء في المادة 260 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه : 1 – يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .

2 – يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوراث وقت موت المورث ، أو وقت الحكم باعتباره ميتًا . ويكون الحمل مستحقًّا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة 236 . وهو ما نصت عليه المادتان 288 ، 289 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(2) شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث . الشرح الصغير (266/4) .

(3) واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ، وقال بعض أصحابه : سبع ، وقال الشافعي : أربع سنين ... وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة ، والتجربة . بداية المجتهد (358/2) .

لأن الشرط تحقق الحياة ، وأما دوامها فليس بشرط ؛ لأن علمها عند من خلقه .

ولا يرث من جهل تأخر موته عن مورثه بأن ماتا تحت هدم أو في غرق ، ولم يعلم المتأخر منهما فيقدر أن كل واحد لم يخلف صاحبه ، وإنما خلف الأحياء من ورثته .

فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم ، وجهل موت السابق منهم ، وترك الأب زوجة أخرى ، وتركت الزوجة ابنًا لها من غيره فللزوجة الربع ، وما بقي للعاصب ، ومال الزوجة لابنها الحي ، وسدس مال البنين لأخيهم لأمهم ، وباقيه للعاصب ، وسقط بمن سقط به الأخ للأم .

وأما تقسيم السن والحكم بمقتضاه فهو ظن وتخمين لا يصح أن يبنى عليه أحكام قاطعة ، تثبت حقًّا لبعض الورثة وتحرم آخرين ، لا لسبب سوى التقدم أو التأخر في السن ، وهذا منتهى الخطأ في التشريع .

ميراث المسلمين وغير المسلمين :

ثالثًا : اتفاق الدِّين بين الوارث والمورث :

يشترط في التشريع الإسلامي في ميراث المسلمين بعضهم من بعض أن يكون المورِّث مسلمًا والوارث مسلمًا . فإن مات المورِّث كافرًا وبقيت ورثته مسلمين فلا توارث بينهما (1) وماله فيئ لبيت المال (2) .

ولا توارث بين مسلم ويهودي أو نصراني (3) ، كما لا توارث بين يهودي ونصراني ؛ لأنهما ملتان مختلفتان خلافًا للقانون الجديد ففيه أن أهل الكتاب ملة واحدة، ولا توارث بين مسلم ، أو يهودي ، أو نصراني ، وبين بوذي ، أو رافضي ، أو عابد ملة أخرى . ويرث غير المسلم وغير النصراني وغير اليهودي

---

(1) من موانع الإرث الكفر ، فلا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم ... والمرتد لا يرث ، ولا يورث بل ماله فيء للمسلمين إذا مات ، أو قتل على ردته ، واختلاف الدين بين اليهودي والنصراني عند جمهور الفقهاء يمنع التوارث بينهما وماعداه من الكفر ملة ، فيقع التوارث بين من عداهما من المجوس ، وعباد الشمس ، وغير ذلك . والكفار إذا ترافعوا إلينا ورضوا كلهم بأحكامنا فإنا نحكم بينهم بحكم الإسلام .

انظر : الخرشي على مختصر خليل (223/8) . الشرح الصغير (265/4) .

(2) يقول ابن عبد البر : « لا يتوارث أهل ملتين شتَّى ، لا يرث يهودي نصرانيًا ولا مجوسيًا ولا يرثانه ، وكذلك كل ملتين ودينين مختلفين لايتوارثان » . الكافي لابن عبد البر ص 555 ، إرشاد السالك ص 103 ، 131 .

(3) قاعدة : لا توارث بين مسلم ويهودي أو نصراني (عند جمهور الفقهاء) .

بعضهم بعضًا ؛ فقد نص فقهاء المالكية على أنه لا يرث مخالف في دين ، كمسلم مع مرتد أو غيره من يهودي أو نصراني ؛ فلا توارث بينهما ؛ إذ كل ملة مستقلة ، وغير اليهود والنصارى ملة واحدة (1) .

ونصوا أيضًا على أن مال الكتابي الحر الصلحي المؤدي للجزية إذا لم يكن له وارث لا يحل للمسلمين تملكه على المشهور ، بل يكون لأهل دينه من جماعته وأهل إقليمه . والمعتمد أنه يكون للمسلمين في بيت المال .

ويحكم بين الكفار بحكم الإسلام متى ترافعوا إلينا وارتضوا حكمنا ، فإن امتنع بعضهم عن حكمنا فلا نتعرض لهم إلا أن يُسْلِم بعض ورثة من مات كافرًا ، ويقيم البعض الآخر على كفره وترافعوا إلينا ، فيحكم بينهم بحكم المسلمين لأجل من أسلم منهم . ولا عبرة بامتناع الكافر منهم إن لم يكونوا كتابيين ، فإن أسلموا بعد استحقاق ميراثهم قُسم المال حسب تشريعهم وقت استحقاق التركة (2) .

والمعمول به في الديار المصرية أنه لا توارث بين مختلفي الملة من إسلام وغيره ، وماعدا المسلمين ملة واحدة (3) .

والمختص بنظر دعاوى الميراث والمنازعات القائمة بشأن التركات هي المجالس

(1) اختلاف الدين باليهودية ، والنصرانية يمنع الميراث بينهما ، وغير اليهود والنصارى ملة واحدة ، فيرث بعضهم بعضًا ، هذا ما عليه الأصل تبعًا لما نقله ابن عبد السلام عن مالك ، لكن اعترضه ابن مرزوق بنص الأمهات من أن غير اليهود والنصارى ملل ، وعليه اقتصر الأمير ، ويُحكم بين الكفار بحكم الإسلام إن ترافعوا إلينا ، فيجب الحكم بينهم . الشرح الصغير (265/4 ، 266) .

(2) إذا ترافع الكفار إلينا ، ورضوا كلهم بأحكامنا ، فإنا نحكم بينهم بحكم الإسلام إلا أن يمتنع بعضهم عن حكمنا ، وإلا فلا نتعرض لهم إلا أن يسلم بعض ورثة من مات كافرًا ، ويقيم البعض الآخر على كفره ، وترافعو إلينا ، فإنا نحكم بينهم بحكم المسلمين ... هذا إن لم يكونوا كتابيين . وأما لو كان الذين أسلم بعضهم بعد موت مورثهم كتابيين ، فإنا نحكم بينهم بحكم مواريثهم ؛ أي نقسم المال بينهم على حكم مواريث أهل الكتاب . الخرشي (223/8) .

(3) بينت المادة السادسة من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 أنه « لا توارث بين مسلم وغير مسلم . ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ... » وهو ما نصت عليه المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 293 من نظيره الكويتي . وقد أخذت هذه القوانين بمذهب الأحناف والشافعية في عدم اشتراط اتحاد الدين في ميراث غير المسلمين ، فيرث المسيحي اليهودي ، أما المالكية والحنابلة فيشترطون اتحاد الدين بين الوارث والمورث ، فلا يرث اليهودي نصرانيًا ، ولا يرث النصراني يهوديًا ، وذلك لأن الميراث نوع من المودة والتناصر والتراحم ، مما لا يتوافر عند اختلاف الدين . وقد أخذت القوانين العربية المذكورة بمذهب الأحناف والشافعية ، طبقًا لما تقدم . وقد انفرد عدد من الصحابة من بينهم معاوية ومعاذ بأن المسلم يرث قريبه أو زوجته غير المسلمة ، لكن الزوجة أو القريب لا يرثانه .

المصرح بها لهذه الطوائف لتحكم بينها متى كان المستحقون متفقين على التقاضي أمام هذه المجالس ، فإن اختلفوا أو لجأ أحد الورثة إلى المحاكم الشرعية كانت هي المختصة بالفصل في موضوع النزاع المطروح أمامها ؛ لأنها هي الجهة المختصة أصالة بالحكم في هذه المواضيع ، ومجالس هذه الطوائف استثناء ، فلا يصار إليها إلا عند الاتفاق .

رابعًا : عند قتل الوارث للمورث ، فلا يرث قاتل لمورثه - ولو صبيًا - أو مجنونًا تسببًا أو مباشرة عمدًا [1] عدوانًا [2] وإن أتى بشبهة تدرأ عنه القصاص كرمي الوالد ولده بحجر فمات منه كمخطئ لا يرث من الدية ويرث من المال [3] .

وقتل المورث الصائل ، أو المعتدي الذي لا يندفع إلا بالقتل لا يمنع الميراث فيرث من المال لا من الدية . هكذا نص السادة المالكية ، ولكني أقول : إن القاتل إذا كان مجنونًا فلا قصد عنده فلا عمد ، فالعمد لا يكون إلا إذا كان القاتل عنده إرادة ، ولا إرادة للمجنون ؛ فالقاتل المجنون خارج عن دائرة التكليف فلا يقتص منه . وبالتالي فلا يعاقب بالحرمان ممن قتله ، غير أنه إذا كان هذا نقل السادة المالكية عن حديث صحيح أو عمل أهل المدينة فهو مُسَلَّم ، وإن كان اجتهادًا من أصول المذهب فهو غير مقبول ؛ لأنه مخالف للحديث الصحيح : « رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يبلغ ، والمجنون حتى يفيق ، والنائم حتى يستيقظ » [4] .

والكلام في المجنون هو الكلام في الصبي ، غير أنه يفرق بين الصبي المراهق الذي يعقل ما يفعل بفهم ، والذي لم يراهق فحكمه حكم الصغير الملحق بالعجماوات .

---

(1) قاعدة : لا يرث قاتل لمورثه - ولو صبيًا - أو مجنونًا تسببًا ، أو مباشرة عمدًا عدوانًا .
وقد تناولت المادة الخامسة من قانون الميراث المصري والمادة 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 292 من نظيره الكويتي موضوع القتل المانع من الميراث . وقد اتفقت هذه المواد في اشتراط قصد القتل وكونه بغير حق ولا عذر للمنع من الميراث . وطبقًا لذلك لو كان القتل بعذر لم يمنع من الميراث ، وذلك كالقتل دفاعًا عن النفس ، أو قتل الزوج زوجته والزاني بها عند مفاجأتهما . وتشترط هذا المواد في القاتل أن يكون عاقلًا بالغًا ، وهو ما لا يتفق مع المذهب المالكي الذي لا يشترط العقل والبلوغ في القاتل لمنع من الميراث .

(2) وذلك تطبيقًا للأصل الشرعي القائل : « من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بالحرمان منه » . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 167 .

(3) لا يرث قاتل عمدًا عدوانًا ، ولو صبيًا ، أو مجنونًا متسببًا ، أو مباشرًا ، ولو أتى بشبهة تدرأ عنه القتل كرمي الوالد ولده بحديدة ، شأنها عدم القتل . الشرح الصغير (264/4 ، 265) .

(4) أخرجه أحمد في المسند 100/6 ، 101 ، والدارمي في السنن 171/2 عن عائشة رضي الله عنها .

لهذا عمد المشرعون إلى اشتراط أن يكون القاتل عاقلًا بالغًا 15 سنة (خمس عشرة سنة) في غير مذهب مالك ، وهذا ما وضع في قانون الميراث الجديد الذي تعين العمل به في المملكة المصرية .

ويدخل في التسبب في القتل التحريض والشهادة عليه كذبًا بالقتل فيما لو حكم عليه بالقتل ، فإن اعتدى المقتول فدافع القاتل عن نفسه وقتله فلا يمنع الوارث من الميراث .

ولا يثبت القتل إلا بحكم قضائي يدافع المتهم بالقتل عن نفسه دفاعًا حرًا بكل ما يملك من مختلف الطرق الشرعية .

ولا يشترط نية القتل ، بل متى ثبت العمد والعدوان - يعني عمدًا بغير حق - منع من الميراث [1] .

وأما اتهام المورث من وارثه بتهمة لو ثبتت عليه لحكم عليه بالإعدام ، وحكم القضاء بأنها تهمة كاذبة - يعني برّأه القضاء من التهمة - فلا يكون سببًا في الحرمان من الميراث ؛ لأنه لم يحكم على المورث بالقتل حتى يحرم القاتل مما قصده .

ولا يكون كذلك مانعًا من الميراث عدم تبليغ الوارث عن قاتل مورثه ؛ لأن هذا ذنب ومعصية تعلقت بعنقه هو لكتمانه الشهادة حيث يقول الله : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾ [2] .

ونتائج الحرمان يَمَّحي كونه وارثًا ، ويعتبر أجنبيًا من التركة والورثة ، وكأنه لم يكن موجودًا .

وولد اللعان لا يرث ، لأنه باللعان قد انقطع نسبه ، فلا يرث ملاعنٌ زوجته التي لاعنها إذا الْتَعَنَتْ بعده بمجرد تمام لعانها ، فإن ماتت قبل التعانها ورثها . ولا ترث الزوجة المتلاعنة كذلك بعد لعان زوجها ، فإن بدأت ومات قبل لعانها الزوج ورثت .

وولد اللعان الذي وقع فيه اللعان لا توارث بينهما سواء الْتَعَنَتْ أم لا ، وتوأما الملاعنة من حمل اللعان شقيقان [3] ، وتوأما الزانية والمغتصبة أخوان لأم على

---

(1) يقول ابن عبد البر : « لأن العبودية ، والكفر ، وقتل العمد موانع من الميراث بلا اختلاف ، وميراث المرتد لجماعة المسلمين إذا قُتِل على ردته ، ولا يرث مسلم كافرًا ، ولا كافر مسلمًا ، ولايتوارث أهل ملتين شتى » . الكافي لابن عبد البر جـ 4 ص 555 ، إرشاد السالك ص 130 . (2) سورة البقرة الآية رقم 283 .

(3) الملاعن لايرث ممن لاعنها إذا التعنت بعده ، وإلا ورثها ، وأما ولده الذي وقع فيه اللعان ، فإنه لا يرثه سواء التعنت أم لا ، ولا ترث ملاعنة من ملاعنها إذا التعنت زوجها قبلها ، وأما إذا التعنت ولم يلتعن هو وذلك فيما =

المشهور ، وولدا المتلاعنين غير التوأمين ليسا شقيقين بل هما أخوان لأم [1] .

خامسًا : وجود تركة تورث لورثة المتوفى عن مورثهم ؛ ولا تكون تركة إلا إذا بقي شيء بعد استخراج الآتي منها ، فيخرج منها وجوبًا :

أولًا : يخرج من تركة الميت وجوبًا حق تعلق بعين كالمرهون ولو أتى على التركة جميعها ، كما لو كانت كل التركة مرهونة في دين فتباع فيه ويدفع ثمنها بتمامه لرب الدين إن لم يزد عن دينه [2] .

ثانيًا : مؤن تجهيزه من كفن ، وغسل ، وحمل ، وحفر وغيرها بالمعروف ، وضمن من أسرف .

ثالثًا : قضاء ديونه من رأس ماله ، كانت بضامن أم لا ، كانت حالة أو مؤجلة ، لأنها تحل بموته [3] .

رابعًا : إخراج وصاياه من ثلث الباقي [4] .

= إذا تقدمت عليه فهل ترثه أم لا ... والظاهر أنها ترثه حيث لم يلتعن ، وتوأما الملاعنة يتوارثان على أنهما شقيقان . الخرشي (221/8 ، 222) .

(1) يقول ابن عبد البر : « وابن الملاعنة لايرثه أبوه ولا أحد بسبب أبيه ، وإنما ترثه أمه وأخوته لأمه ، وما فضل عنهم فلبيت مال المسلمين » . الكافي لابن عبد البر ص 555 . مواهب الجليل جـ 6 ص 242 . التاج والإكليل جـ 6 ص 422 .

(2) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على أن : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » . وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت عليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالرهون ، ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح ... » والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث ، لأنه ليس في الإرث المفيد أكثر من تعلق الدين بالمورث تعلق رهن . وذلك لا يمنع الملك من المرهون .. (الجلال المحلي جـ 2 ص 283 ، نهاية المحتاج جـ 4 ص 296 و 297) .
وغني عن البيان أن حق الرهن الذي تتحمل به أموال التركة ضمانًا للوفاء بحقوق دائنيها إنما ينصب على الأموال التي آلت إلى الوارث بطريق الإرث دون غيرها من أموال الوارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 .

(3) تناولت المادة 891 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع الحقوق المتعلقة بالتركة ، وهو ما تناولته المادة 1102 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ص 395 .

(4) تناولت المادة 898 من القانون المدني المصري تقييد الوصية بالثلث ، وهو ما تناولته كذلك المادة 1108 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

خامسًا : يقسم الباقي على الورثة [1] بعد الأربعة الأوجه السابقة [2] .

وسبب ذلك أن الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت ، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أو لا . الأول الحقوق العينية ، والثاني الدين المطلق ، والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه ، وإما لغيره منه وهو الوصية ، وإما لغيره لسبب وهو الميراث ، فالحق المتعلق بالتركة :

1 - حق تعلق بعين .
2 - حق تعلق بالميت .
3 - حق تعلق بالذمة .
4 - حق تعلق بالغير .
5 - حق تعلق بالوارث .

بند [7] طبقات الميراث المختلفة

القانون الفرنسي : تقسيم أساسي : قسم القانون الورثة إلى قسمين : ورثة منظمون ، وورثة شاذون . وإلى سنة 1896 كانت الورثة تشمل الأقارب الشرعيين ، وتشمل الأقارب الأخوة والأخوات إلى الطبقة الثانية عشرة .

والورثة الشاذون كانوا الأولاد الطبيعيين ومن يرث الأولاد الطبيعيين وأحد الزوجين الباقي على قيد الحياة والحكومة . وفي مارس سنة 1896 صدر قانون اعتبر الولد الطبيعي وأمه وأباه من الورثة فتكون القائمة كالآتي :

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادتين 899 ، 900 من القانون المدني المصري اللتين حكمتا بنقل ما بقي من التركة إلى الورثة ؛ فالمادة 899 تنص على ما يأتي : « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة » أما المادة 900 فقد نصت على أنه :

1 - يسلم المصفى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة .

2 - ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج إليها في تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضها منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

وتتفق هاتان المادتان مع المادتين 1109 ، 1110 من التقنين الأردني .

(2) يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون ، ولو أتى على جميع التركة ، فمؤن تجهيزه من غسل ، ودفن بالمعروف أي بما يناسب حاله من فقر وغنى ، وضمن من أسرف ، فقضاء دينه الذي عليه لآدمي كان بضامن أم لا ، فوصاياه من ثلث الباقي ، ثم الباقي بعد الوصايا يكون لوارثه فرضًا ، أو تعصيبًا ، أو بهما . انظر : الشرح الصغير (193/4 ، 194) ، الخرشي (197/8 ، 198) .

أولًا : الورثة وهم :

(1) الأقارب الشرعيون الذين منهم الإخوة والأخوات إلى الطبقة الثانية عشرة .

(2) الأولاد الطبيعيون الوارثون لأبيهم وأمهم .

(3) أب وأم الولد الطبيعي الذين يرثونه .

ثانيًا : الورثة الشاذون وهم :

(1) إخوة وأخوات الولد الطبيعي .

(2) أحد الزوجين الباقي حيًا .

(3) الحكومة .

ويتفق الورثة المنظمون والورثة الشاذون في أنهما يملكان أنصبتهما في الميراث ملكية حقيقية من يوم استحقاقهما بدون احتياج إلى عمل آخر .

ويختلفان في أن الورثة المنظمين لهم حق وضع يدهم على أعيان التركة بقوة القانون بدون احتياجهم لعمل آخر ، بخلاف الورثة الشاذين فيجب عليهم طلب وضع اليد في القضاء وتمكينهم من أعيان التركة .

ويختلفان أيضًا في أن الورثة المنظمين يمثلون المتوفى وكأن حياته مستمرة ، ويدفعون ديون التركة الشخصية وبغير تحديد ؛ ولذلك أباح لهم القانون وضع اليد مباشرة . أما الورثة الشاذون فلا يمثلون المتوفى ، ويدفعون دينًا خاصًا على العين الموروثة لهم فقط ولا شأن لهم بدين التركة [1] .

بند [8] طبقات الميراث المختلفة

التشريع الإسلامي : الميراث الشرعي بناه الإسلام على القرابة والنسب والعتق [2] أما العتق فليس بموجود ؛ لأنه لا رق اليوم حتى يوجد عتق .

والقرابة هي قرابة الدم ، وهي عمود النسب للمتوفى ؛ فهو العقدة الوسطى ومن

---

(1) انظر : البنود من 731 إلى 738 في الباب الثالث ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 162 ، 164 .

(2) فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذوو نسب ، وأصهار ، وموالي . بداية المجتهد (339/2) .

سفل منه وكان له عليه ولادة فهو أصله . ومن تفرع منه وكان للمتوفى عليه ولادة ، أو ساواه في درجة أصوله كالإخوة مثلًا فهو فرعه (1) .

فالقرابة تشمل أصول المتوفى وحواشي أصوله ، وتشمل فروعه وحواشي فروعه (2) .

والنسب هو علاقة المصاهرة وهي الزوجية وما تفرع منها وما اتصل بها .

والورثة كلهم شرعيون ، وليس فيهم شاذون إلا أنه يصح أن يكون الورثة من ذوي الأرحام وهي طبقة بعيدة لا يصار إليها إلا عند انعدام أصحاب الفروض والعصبة وبيت المال ، أو من يرد عليهم حسب فروضهم عند من يقدم ذوي الأرحام على بيت المال .

ومذهب مالك يرى أن الميراث يكون أولًا لذوي الفروض المقدرة في كتاب اللّه ، وسنة رسوله ، وإجماع الصحابة فإن فضل شيء فهو للعصبة .

والعاصب من يرث المال كله إذا انفرد ، أو يأخذ الباقي بعد الفرض كما سيأتي مفصلًا في مكانه .

ولا يدفع ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من القرابة أو الولاء لذوي الأرحام ؛ بل ما فضل لبيت المال .

وقال بعض علماء المالكية : عدم الصرف لذوي الأرحام مقيد بما إذا كان الإمام عدلًا لصرف بيت المال في مصارفه الشرعية وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام (3) .

(1) يقول ابن عسكر عن الميراث : « أسبابها نسب وولاء ونكاح » . ويقول ابن عبد البر : « ولا يجب الميراث إلا بأحد أوجه ثلاثة : نسب ثابت معلوم ، أو ولاء صحيح وهو كالنسب عند عدم النسب ، أو نكاح صحيح » . إرشاد السالك ص 129 ، 130 . الكافي لابن عبد البر ص 555 .

(2) جاء تعريف القرابة المباشرة وقرابة الحواشي في المادتين 35 ، 36 من القانون المدني المصري ؛ فالمادة 35 تنص على أن : « 1 – القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع .
2 – وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعًا للآخر » .
أما كيفية حساب درجة القرابة المباشرة فيراعى طبقًا لما جاء في المادة 36 مدني مصري « اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودًا للأصل المشترك ، ثم نزولًا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 12 .

(3) جاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل أنه : « إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ، ولا من يرثه بالولاء ، فماله لبيت مال المسلمين وقد أطلق رحمه الله في بيت المال ، ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه الشرعية وكأنه رحمه الله تبع ظاهر كلام ابن الحاجب حيث قال : وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور ، وقيل : لذوي الأرحام . مواهب الجليل (413/6 ، 414) .

فقائمة الورثة كالآتي بعد إخراج ما يجب إخراجه من التركة أولًا قبل التقسيم :

أولًا : أصحاب الفروض من الرجال والنساء .

ثانيًا : العصبة ويشمل العاصب بنفسه وبغيره ومع غيره (1) .

ثالثًا : بيت المال وهو خزانة الدولة .

وأصحاب الفروض والعصبة يملكون حقهما في الميراث ملكًا حقيقيًا من ساعة الوفاة بدون احتياج إلى عمل آخر .

وأما بيت المال فقد ذهب المتشرعون في اعتباره ضمن الورثة إلى اعتبارين :

أولًا : اعتبار بيت المال عاصبًا ؛ فهو كوارث ثابت النسب ، وهو المشهور كان منتظمًا أو غير منتظم (2) .

ثانيًا : اعتبار بيت المال حائزًا للأموال الضائعة لا وارثًا وهو قول شاذ . وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب لا على القول الأول ، وعليه يجوز الإقرار بوارث وليس ثم وارث ثابت .

وعلى أن بيت المال وارث لا يدفع ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء لذوي الأرحام بل ما فضل لبيت المال .

وليس في التشريع الإسلامي تمثيل للمتوفى ؛ لأنه متى حدثت الوفاة فقد انقطع وجوده ، وخربت ذمته فلا إلزام ولا التزام ، وانتقلت التركة بما لها وما عليها للورثة

---

(1) يقول الدردير : « العاصب هو من ورث المال كله إن انفرد ، أو ورث الباقي بعد حبس الفرض الصادق بالفرض الواحد أو الفروض ، وهذا إشارة إلى مارواه البخاري وغيره من قوله ﷺ : ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » الشرح الصغير جـ 4 ص 202 . والأصل في ميراث العاصب قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ الآية 11 من سورة النساء ، وقوله تعالى في الآية الأخيرة من هذه السورة بشأن الإخوة والأخوات واجتماعهما : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ ﴾ .

(2) توريث بيت المال هو مذهب أهل المدينة والمالكية . ويأتي استحقاقه في مرتبة تالية لاستحقاق أصحاب الفروض والعصبات . وطبقًا لهذا الرأي فإنه إذا لم يستغرق أصحاب الفروض التركة ولم يوجد عاصب انتقل الميراث إلى بيت المال . أما الأحناف ومن وافقهم فيردون على من يوجد من أصحاب الفروض من غير الزوجين ، فإن لم يوجد من يرد عليه من هؤلاء جعلوا الاستحقاق لذوي الأرحام . وهكذا أدّى اعتبارُ بيت المال وارثًا في المذهب المالكي ، وجعلُهُ مستحقًّا بعد أصحاب الفروض والعصبات إلى اختلاف نظام التوريث المالكي عن نظيره الحنفي . غير أن قوانين الميراث المعاصرة تتبع المذهب الحنفي في الرد على أصحاب الفروض وتوريث ذوي الأرحام قبل بيت المال .

ولا شأن للميت فيها إطلاقًا .

وعلى كل من ادعى استحقاق ميراثا في أي تركة أن يثبت أنه وارث ، وأنه مقدم على غيره شرعًا ، ولو كان المدعي بيت المال .

بند [9] الورثة الشرعيون

القانون الفرنسي : ذكر القانون أربع طبقات من الورثة الشرعيين ، فلا تدعي واحدة منهن ما دام أحد من الطبقة التي قبلها يحوز الميراث . ويعطي الميراث في الطبقة الواحدة للأقرب فالأقرب من أفرادها .

الطبقة الأولى - الأولاد : تعطى التركة أولًا إلى الأولاد الذين تركهم المتوفى وأولاد الأولاد إلى مالا نهاية ، ذكورًا وإناثًا ، سواء كانوا أولاد الصلب أم متبنين .

والذي يحوز المال الأقرب فالأقرب ما عدا مسألة تمثيل الابن لأبيه إذا مات الأب في حياة الجد ، وتُسَوى الأنثى بالذكر في الأنصبة بالتعادل (الذكر كالأنثى) .

الطبقة الثانية : إخوة المتوفى وأخواته (وهم الحواشي المفضلون) والذكر مثل الأنثى في القسمة . فإن كان الإخوة أو الأخوات كلهم أشقاء ، أو كلهم لأب ، أو كلهم لأم ، فتقسم التركة بينهم بالتساوي .

فإن كانوا من أنواع مختلفة كأخ شقيق ، وأخ لأب ، وأخ لأم ؛ فتقسم التركة مناصفة بين فرع الأب وفرع الأم ، ثم يقسم نصف فرع الأب فيأخذ الأخ الشقيق مع الأخ لأب الربع ؛ لأنه نصف النصف ، ثم يقسم نصف فرع الأم بين الأخ الشقيق وبين الأخ لأم ، فيأخذ الشقيق الربع أيضًا فما يأخذه من التركة النصف ، ويأخذ الأخ لأب الربع ، ويأخذ الأخ لأم الربع .

ولو وجد صنف واحد من الأخوة شقيق أو لأب أو لأم أخذ جميع التركة .

حالة خاصة : ويستثنى من قسمة التركة على الطبقة الثانية فقط حالة وجود الأب أو الأم مع الإخوة ، فإنها بالرغم من كون الأب والأم من الطبقة الثالثة فتقدم عليها الثانية وهم الإخوة . لكن القانون ميزها عن أفراد الطبقة الثالثة فأشركها مع الإخوة والأخوات في تقسيم التركة ، فأعطى لهما نصيبًا مقدرًا خاصًا بكل منهما ، فيأخذ الأب ربع التركة ، وتأخذ الأم ربع التركة أيضًا . والنصف الباقي يقسم بين الإخوة أو الأخوات كما سبق . فإن وجد أحد الأبوين فقط أخذ الربع وقسم الثلاثة أرباع

بين الإخوة ، ولا فرق بين أخ شقيق أو لأب أو لأم ، ولا يحجب أحد منهم الآخر .

الطبقة الثالثة – من له على الميت ولادة : تقسم التركة قسمان : قسم لسلسلة الأب ، وقسم لسلسلة الأم ، فيقسم كل قسم على ورثة سلسلته بقطع النظر عن الموجود من السلسلة الأخرى ، محاذية للموجود في هذه السلسلة أو متقدمة أو متأخرة ، فإذا لم يوجد ورثة إلا في ناحية واحدة ناحية الأم أو ناحية الأب استأثرت السلسلة الموجودة بالميراث فقط .

فإن ترك المتوفى جدًّا لأم وابن عم من جهة أبيه في الدرجة السادسة أخذ الجد لأم النصف وابن العم النصف ؛ لأن كل واحد منهما يختص بنصيب سلسلته ، وإن ترك جده لأبيه فقط ، ولم يترك في سلسلة الأم أحدًا أخذ الجد لأب كل التركة .

فإن ترك جدًّا لأب وأخًا ؛ أخذ الأخ كل التركة ولا شيء للجد لأب ؛ لأن الأخ من الطبقة الثانية ، والجد لأب من الطبقة الثالثة فهو محجوب بالأخ .

فإن ترك أبًا وأمًّا وترك معه عمًّا من جهة الأم أو أحدًا من درجته يعني ليس جدًّا لأم ؛ فإن للأب أو للأم حق الامتياز بالتمتع بثلث نصيب فرع الأم ، فلو ترك المتوفى في هذه الحالة 150 فرنكًا ؛ فللأب أو للأم 75 ف ، وللعم 75 ف ، ولكن للأب أو للأم حق التمتع بثلث نصيب العم وهو 25 ف .

الطبقة الرابعة – الأقارب العاديون : وهم من عدا الأولاد وإن نزلوا والأخوات والآباء ، وإن علوا (وهم من ليس للمتوفى عليهم ولادة ، وليس لهم عليه ولادة في خط مستقيم ، ولا من اجتمع معه في صلب أو بطن) ، فتقسم التركة نصفين بينهما : نصف لفرع الأب ، ونصف لفرع الأم ، ويقسم كل نصف على ورثته بالتساوي بدون نظر لشيء آخر . فإن لم يوجد إلا فرع واحد أخذ كل التركة ، وهكذا إلى الطبقة السادسة ، ثم تأتي الحكومة (بيت المال) .

وقد استثنى القانون من هذه القاعدة أولاد الإخوة أو الأخوات ؛ فلا يقفون عند الدرجة السادسة .

واستثنى أيضًا الطبقة الرابعة من القاعدة (الدرجة السادسة) متى كان المتوفى ممنوعًا من التصرف قانونًا لعته أو قصر أو محجورًا عليه قضائيًّا ، فيجوز لهم حيازة الميراث إلى الدرجة الثانية عشر [1] .

(1) انظر : البنود من 745 إلى 755 في الباب الثالث ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 165 ، 168 .

بند [10] التشريع الإسلامي

الورثة : حصر التشريع الإسلامي الورثة الذين يجوز أن يرثوا ذكورًا وإناثًا [1] ، ثم أحاط ميراثهم بقيود وشروط متى انتفت صح أخذ أنصبتهم ، وإن وُجِدَت منعوا من الميراث .

فالوارثون من الرجال عشرة : 1 و 2 الابن وابن الابن وإن سفل ، 3 و 4 والأب وأب الأب وإن علا ، 5 و 6 والأخ شقيقًا أو لأب أو لأم وابن الأخ الشقيق أو لأب وإن نزل ، 7 و 8 والعم الشقيق أو لأب وابنه وإن نزل ، 9 والزوج ، 10 والمعتق .

وكلهم عصبة إلا الأخ لأم والزوج فهما من أصحاب الفروض . فإن اجتمعوا كلهم ورث منهم ثلاثة : الزوج والابن [2] والأب [3] .

والوارثات من النساء سبع :

1 – البنت .
2 – بنت الابن وإن نزل ابن الابن .
3 – الأم .
4 – الجدة لأب أو لأم .
5 – الأخت لأبوين أو لأب أو لأم .
6 – الزوجة .
7 – المعتقة .

وكلهن ذوات فرض إلا المعتقة .

---

(1) بينت المادة 876 من القانون المدني المصري اتباع أحكام الشريعة الإسلامية في التوريث ، ونصها : « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » .
والمادة تتفق مع المادة 2/1106 من التقنين العراقي .
وتتفق مع المادة 2/1086 من التقنين الأردني .
وتتفق مع المادة 940 من التقنين الكويتي .

(2) والوارثون من الرجال عشرة : الأب ، وابنه وإن سفل ، والأب ، والجد للأب وإن علا ، والأخ ، وابنه ، والعم ، وابنه ، والزوج ، وذو الولاء ، فكلهم عصبة إذا انفرد الواحد منهم حاز جميع المال إلا الزوج ، والأخ للأم ، فإنهما أصحاب فرض . وان اجتمع جميع الذكور ، فلا يرث إلا ثلاثة : الزوج ، والابن ، والأب . الشرح الصغير (194/4) .

(3) يقول الدردير : « والوارثوان من الرجال عشرة : الابن وابنه وإن سفل والأب والجد للأب وإن علا والأخ وابنه والعم وابنه والزوج وذو الولاء أي المعتق ، وكلهم عصبة إلا الزوج والأخ للأم ؛ فإنهما أصحاب فروض » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . الكافي ص 562 وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

فإذا اجتمعن فلا إرث إلا للزوجة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأم ، والأخت الشقيقة [1] .

وبما أن استحقاق الميراث مبني على القرب من المتوفى فكل من قرب من الميت كان أولى بالميراث ، فالأب والأم والابن أقرب الناس إلى الميت فيأخذون التركة دون غيرهم إذا اجتمعوا ؛ فيأخذ الأب السدس ، والأم السدس ، والباقي للابن الثلثان [2] .

وعلى هذه القاعدة لا يأخذ أخوة المتوفى شيئًا مع وجود الابن أو الأب ؛ لأنهما أقرب للميت من إخوته [3] . فالأب منه نزل الميت والابن نزل من الميت ، ولكن الإخوة نزلوا معه من محل واحد ، وفرق بين الجزئية والنزول والخروج من محل واحد .

فالقاعدة الأولى : كل من قرب من المتوفى كان أولى بالميراث من غيره [4] متى كان من العصبة [5] فإن كان صاحب فرض كبنت مثلًا مع أب وأم وإخوة للمتوفى أخذت البنت النصف فرضًا ، وأخذ الأب السدس فرضًا ، والأم السدس فرضًا ، والباقي وهو السدس يأخذه الأب بطريق التعصب فنصيبه من ولده المتوفى الثلث والبنت النصف والأم السدس ولا شيء للإخوة مطلقًا ، وإن كان القريب من ذوي الفروض أخذ فرضه إلا إذا حجب .

والقاعدة الثانية : كل من أدلى للميت بواسطة فلا يأخذ نصيبه من الميراث مادامت هذه الواسطة موجودة مستحقة [6] للميراث [7] .

فابن الأخ لا يرث مع وجود الأخ ، وابن الابن لا يرث مع وجود الابن ، وابن

(1) يقول الدردير : « والوارثات من النساء سبع بطريق الاختصار : البنت وبنت الابن والأم والجدة مطلقًا والأخت مطلقًا والزوجة ، وذات الولاء ، وكلهن ذوات فرض إلا الأخيرة وهي المعتقة فإن اجتمعن فلا يرث منهن إلا الزوجة والبنت وبنت الابن والأم والأخت الشقيقة » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . الكافي ص 562 وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(2) أجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد ، أو ولد ابن السدسان . أي لكل واحد منهما السدس لقوله تعالي : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ بداية المجتهد (342/2) .

(3) قاعدة : لا يأخذ إخوة المتوفى شيئًا مع وجود الابن أو الأب لأنهما أقرب للميت من إخوته .

(4) قاعدة : كل من قرب من المتوفى كان أولى بالميراث من غيره متى كان من العصبة .

(5) الأقرب يحجب الأبعد . الشرح الصغير (198/4) .

(6) قاعدة : كل من أدلى للميت بواسطة فلا يأخذ نصيبه من الميراث ما دامت هذه الواسطة موجودة مستحقة للميراث .

(7) كل من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة إلا الإخوة لأم ، وكل أسفل محجوب بأعلى منه فابن ابن ابن محجوب بابن ابن ... الشرح الصغير (211/4) .

العم لا يرث مع وجود العم ، وهكذا .

والقاعدة الثالثة : أن الشقيق مقدم على من كان لأب ، فلو مات وترك أخًا شقيقًا وأخًا لأب أخذ الأخ الشقيق كل المال ، وحجب الأخ لأب فلا يأخذ شيئًا [1] ، وهكذا العم الشقيق والعم لأب ، وأولاد الأخ الشقيق وأولاد الأخ لأب ، وأولاد العم الشقيق وأولاد العم لأب . فتكون التركة للأشقاء وأولادهم دون الذين للأب وأولادهم [2] .

القاعدة الرابعة : أن الجزئية تُقَدّم على القرابات الأخرى ؛ فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة تُقَدّم على جهة الجدودة ، والأخوة ثم بنو الأخوة ، ثم العمومة ، ثم بنو العمومة الأقرب فالأقرب [3] . فإذا انفردت البنوة وكانت ذكرًا أخذت المال كله ، وإن كانت أنثى أخذت النصف ، وأبناء الأبناء كالأبناء ، وأما أولاد البنات فهم أجانب من المتوفى جدهم لأمهم . ويشترط في البنوة الوارثة أن تكون بنوة شرعية صحيحة ؛ فالولد المتبنى لا يرث وولد الزنى لا يرث ، فلا تبني في الإسلام [4] وولد الزنى مهدور الحق من جهة أبيه غير المعلوم .

وقد بنى التشريع الإسلامي تقسيم الميراث بين الذكر والأنثى على الضعف فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وهو تقسيم عادل روعي فيه مصالح الهيئة الاجتماعية وذلك :

أولًا : أن المفروض حسب طبيعة التكوين أن الأنثى وجدت لحفظ النسل ولوجوده حملًا ووضعًا وإرضاعًا وتنشئة ، وما يلزم لذلك من إعداد بيت الزوجية يأوي إليه الزوج بعد عناء العمل وأوصاب طلب الرزق ، فكان طبيعيًا أن لا تكلف

---

(1) قاعدة : الشقيق مقدم على من كان لأب ، فلو مات وترك أخًا شقيقًا وأخًا لأب ؛ أخذ الأخ الشقيق كل المال وحجب الأخ لأب فلا يأخذ شيئًا .

(2) أجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بني الأخ الشقيق ، وأن بني الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخي الأب ، وابن العم أخي الأب الشقيق أولى من ابن العم أخي الأب للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم . بداية المجتهد (351/2) .

(3) قاعدة : الجزئية تُقَدّم على القرابات الأخرى فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة تُقَدّم على جهة الجدودة ، والأخوة ثم بنو الأخوة ثم العمومة ثم بنو العمومة الأقرب فالأقرب .

(4) لقوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾ . سورة الأحزاب آية رقم 5 .

بتحصيل الرزق ؛ فالواجب على الزوج طبيعيًا توفير المال لها من عمله وما يملكه ، فهي ومن تعقب حِمْلٌ على الزوج حتى يُمْكِنَهم كسبُ قوتهم فلا يجب عليها الإنفاق ؛ فكان عدلًا أن يكون نصيب الذكر مثل الأنثيين .

ثانيًا : إن الواجب في نظم الحياة الاجتماعية أن لا تكون الثروة في يد واحدة بل يجب أن تنتقل من يد ليد كسبًا وعملًا وإيجادًا وسلبًا ، والمرأة - كما قدمنا - تلزم البيت فلا تنفق ما معها فتبقى الثروة مستقرة غير سائرة ، وهو احتكار يوقف التداول ويعطل الإنتاج ، ويدعو علماء الاقتصاد إلى محاربة عدم التداول والاحتكار [1] .

ثالثًا : إن المفروض في الأنثى أن تتزوج وفي الزواج حرمان للمرأة من حريتها الكاملة وقصر لمنفعتها على الزوج وأولاده وبيته ، وهو ما دعت إليه سنة الوجود ، فكان هذا تنازلًا من الزوجة عن حقوقها الشخصية الكاملة ؛ فيجب تعويضها عن ذلك عدلًا وهو ما فرض على الزوج من مسكن وأكل وكسوة لها ولأولادها من زوجها ؛ فيكون واجب الزوج مضاعفًا لنفسه أولًا ، وثانيًا لزوجته وأولاده منها ، فإعطاؤه ضعف نصيب الأنثى عدل ولا ظلم فيه لها إطلاقًا .

رابعًا : كان العرب لا يورثون البنات فجاء الإسلام ومحا هذه العادة ، وأعطى للبنت نصف الرجل ؛ لأن الإنسان غيور على ما جمع من أملاك فهو يريد دائمًا حفظها لأولاده ، والبنت لا تبقى في منزل أبيها وإنما تنتقل إلى منزل زوجها ، فتأخذ مالها فيتصرف فيه زوجها ، وفي ذلك من النكاية بعائلة الزوجة كثير ، فنظر الشارع إلى البنت - وتلك عادتها - فأعطاها النصف من الذكر وحَرَّم حرمانها من ميراثها ، ولهذا قال الرسول المشرع ﷺ فيما نطق به : « من أحرم وارثًا من ميراثه أحرمه الله من ريح الجنة » .

ومع كون البنت لها فرض النصف من الذكر ، فإن الناس يتحايلون حال حياتهم على بيع ما يملكون لأولادهم الذكور لحرمان الإناث من ميراثهم خشية نقل أملاك العائلة لبيت زوج البنت ، فالعدل الوسط مراعاة للاعتبارات السابقة لا إفراط بالمساواة ، ولا تفريط بالحرمان .

وهذا ما وصل إليه عقلي الضعيف ، ولعل الله يلهم غيري بما هو خير ، على أن

---

(1) تأمل هذه الحجة في الانتصار لنظام الميراث الإسلامي ، واستنادها لنوع من التحليل الاقتصادي . ولعل المؤلف هو الذي نبّه إليها ، وهي بعد غير متداولة .

التشريع السماوي - وإن خفيت علينا علله - فهو مشروع لمصلحة البشر وهم لا يهتدون إلى تعليله - وسبحان علام الغيوب - فلا يصح عقلًا أن نترك التشريع السماوي ؛ لأننا لم نفهم حكمته إلى تشريع وضعي أعرج وضعه البشر بعقولهم القاصرة ، كبعض الأمم المسلمة التي خرجت عن تشريع دينها وسوت في الميراث بين الذكر والأنثى ، بل وصرحت بزواج غير المسلم بمسلمة ، وهو خروج كلي عن الشريعة الإسلامية ، ومع ذلك تدعي أنها من الأمم الإسلامية ويقول الله ﷻ : ﴿ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ .. ﴾ [1] إلخ ويقول الله : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [2] والآيات والأحاديث على ذلك كثيرة مستفيضة ، والله يتولانا وإياهم بالهداية إلى الدين المستقيم ، دين محمد وأصحابه والتابعين .

وحكم الأنثى في جميع ميراثها - وهو النصف من الرجل - حكم عام يشمل البنوة والأخوة وغيرهما إلا الإخوة لأم فلهم حكم خاص بهم ، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا استوى الذكر والأنثى ؛ فتأخذ الأنثى كالذكر لورود النص الصريح في ذلك .

فإن كان الأخوة كلهم أشقاء أو كانوا لأب وكانوا هم الورثة فقط أخذوا المال جميعه ؛ ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأما الإخوة لأم فلهم فرض مقدر وهو الثلث متى كانوا أزيد من واحد ، فإن كان واحدًا فله السدس .

فإن اجتمع إخوة أشقاء وإخوة لأب أخذ الأشقاء التركة وحجبوا الإخوة لأب ، وإن اجتمع إخوة لأب ، أو إخوة أشقاء مع إخوة لأم أخذ الإخوة لأم فرضهم وهو الثلث ، والباقي للإخوة الأشقاء أو للإخوة لأب عند عدم الأشقاء بشرط عدم وجود أب ، أو ابن ، أو ابن ابن ، أو جد ، أو بنت ، أو بنت ابن ، فإن وجد واحد من هؤلاء حجبوا إخوة الأم ، ولا شيء لهم من التركة .

وكل الذكور الوارثين عصبة إلا الزوج والأخ لأم فمن ذوي الفروض [3] . والعاصب هو الذي يحوز المال إذا انفرد ويأخذ ما بقي بعد أصحاب الفروض [4] .

---

(1) سورة النساء الآية رقم 115 . (2) سورة المائدة الآية رقم_47 .

(3) والوارثون من الرجال عشرة الابن ، وابنه وإن سفل ، والأب ، والجد للأب وإن علا ، والأخ ، وابنه ، والعم ، وابنه ، والزوج ، وذو الولاء ، فلهم عصبة إلا الزوج ، والأخ للأم فإنهما أصحاب فرض . الشرح الصغير (194/4) .

(4) العاصب هو : من ورث المال كله إن انفرد ، أو ورث الباقي بعد جنس الفرض . الشرح الصغير (198/4) .

وكل الوارثات أصحاب فروض إلا البنت أو بنت الابن ، مع الأخت ، أو إذا كانت مع ذكر في درجتها فهي عصبة ، وسيأتي كل ذلك مفصلًا .

ويلاحظ أن المشرع الوضعي قدم درجة الأخوة على درجة الأبوة والأمومة مع أن الأب والأم أصل المتوفى وأصل إخوته ، ولا يجوز عقلًا وعدلًا تقديم درجة الفرع على الأصل ، ولهذا استدرك وقال : إن الأب والأم مستثنيان من تطبيق نظام القاعدة الثالثة ، وتعطى مع الطبقة الثانية فأعطى كل واحد منهما الربع .

والمشرع الإسلامي جعل طبقة الإخوة والأخوات بعد طبقة الأصول ، فإذا وجد أب وأم للمتوفى ، وإخوة أشقاء أو لأب أو لأم فلا شيء لهم ؛ لأن الأب - وهو أصل - يحجبهم ؛ لأنه هو واسطة الاتصال بينهم وبين ولده المتوفى ؛ فلا يرثون من أخيهم مع وجود أبيهم ، ويعطى للأم السدس ، والباقي للأب تعصيبًا ؛ لأن الإخوة يحجبن الأم من الثلث للسدس ، وإن كان لا ينالهم شيء من التركة .

الميراث يتبع عصبية الرجل من جهة أبيه فلا ميراث إلا للأم والجدة عند عدم الأم ما دام أحد من الذكور الوارثين العشرة المتقدمين موجودًا ، فإن انعدموا فلا ميراث لذوي الأرحام عند مالك ، وإنما بيت المال (خزانة الدولة) هو الوارث .

فلو ترك المتوفى جدًّا لأم وابن عم من جهة أبيه فلا شيء للجد لأم ؛ لأنه ليس عاصبًا بل هو من قرابة الرحم ، ولكن ابن العم عاصب فيرث المال وحده ، ولا شيء للجد لأم .

فإن ترك جدًّا لأب (يقال له جد صحيح) لأنه من جهة الأب ، وأخًا فإن الجد يقاسم الأخ لأب أو الأخ الشقيق فيأخذ نصف التركة وللأخ النصف الباقي . فإن ترك أبًا وأمًّا وعمًّا من جهة الأم ؛ فإن للأم الثلث ، وللأب الثلثان ، تعصيبًا ولا شيء للعم من جهة الأم .

وليس هذا حدًّا لسلسلة الورثة ؛ فلو فرض أن المتوفى ترك مالًا ووهب منفعته لآخرين مدة حياتهم وحازوا الهبة للانتفاع ، ومضى على ذلك مدة مات ابن المتوفى ، وابن ابنه ، وابن ابن ابنه إلخ إلى الدرجة العشرين مثلًا فإنه يرث جده المتوفى الأول ، فلا حد لأي تدنٍّ ولا لعلو .

ولا مانع من ذكر الفروض والورثة بإيضاح موجز :

1 - الأب وله حالتان : فرضًا وقد يرث تعصيبًا :

الحالة الأولى : فرضه السدس فيأخذ السدس متى ترك المتوفى فرعًا وارثًا ذكرًا أو

أنثى ، وولدًا أو ولد ولد وإن سفل (والولد يشمل الذكر والأنثى) [1] .

الحالة الثانية : فرضه الثلث عند عدم وجود الفرع الوارث .

2 - الأم ولها حالتان :

الحالة الأولى : فرضها السدس فتأخذ السدس متى كان للمتوفى ولد أو ولد ولد ، أو كان له اثنان فأكثر من الأخوة أو الأخوات مطلقًا .

الحالة الثانية : فرضها الثلث عند عدم الفرع الوارث ، أو عدم وجود اثنين فأكثر من الإخوة والأخوات .

3 - البنت : فرضها النصف إذا لم يكن معها أخ أو أخت [2] .

4 - بنتان فأكثر : وفرضهن الثلثان إذا لم يكن معهن أخ يعصبهن [3] .

5 - بنت الابن : وفرضها النصف إذا لم يكن للميت فرع وارث غيرها [4] .

6 - أكثر من بنت ابن : وفرضهن الثلثان عند عدم فرع وارث أو من يعصبهن .

7 - بنت ابن : فرضها السدس مع البنت [5] .

8 - أخت شقيقة : وفرضها النصف عند عدم الفرع الوارث ، وفرضها السدس أيضًا مع وجود البنت فقط ، وإن تعددت الأخوات الشقيقات أخذن الثلثين مع عدم الفرع الوارث ، وتسقط بالأب أو الابن .

9 - الأخت لأب : كالأخت الشقيقة لكنها ترث عند عدم الأب أو الابن [6] إلخ .

---

(1) والسدس فرض أب ... مع فرع وارث للميت ، فإن كان الفرع ذكرًا ؛ فليس للأب غير السدس ، وإن كان أنثى فله السدس فرضًا ، والباقي تعصيبًا . الشرح الصغير (198/4) وقد بينت المادة التاسعة من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 الحالة التي يرث فيها الأب والجد الصحيح بالفرض ، طبقًا لما أجمع عليه الفقهاء المسلمون . وهو ما جاء بالمادة 266 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 297 من نظيره الكويتي .

(2) والنصف للبنت إذا انفردت عمن يعصبها ، وهو أخوها المساوي لها . الشرح الصغير (195/4) ، وهو ما بينته المادة الثانية عشرة من قانون الميراث المصري المشار إليه فيما سبق . والمادة 300 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(3) والثلثان لذوات النصف إن تعددن ، وهي البنت ، وبنت الابن ، والأخت الشقيقة ، والأخت للأب . الشرح الصغير (196/4) .

(4) والنصف لبنت الابن إن لم يكن بنت . الشرح الصغير (195/4) .

(5) السدس لبنت الابن مع البنت الشرح الصغير . (197/4) .

(6) بينت المادة الثالثة عشرة من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 ميراث الأخوات الشقيقات أو لأب بالفرض بما لايخرج عن ذلك ، وهو ما بينته كذلك المادة 270 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 301 من نظيره الكويتي .

10 - زوج : فرضه النصف عند عدم الفرع الوارث مطلقًا ، وله الربع متى وجد فرع وارث للزوج [1] .

11 - زوجة : فرضها الربع عند عدم الفرع الوارث لزوجها ، ولها الثمن عند وجود الفرع الوارث ، وتشترك الواحدة مع الأكثر في الربع أو الثمن قسمة متساوية [2] .

12 - إخوة لأم : فرضهم الثلث عن عدم وجود الأب أو الابن ، أو ابن الابن ، وإن نزل أو الجد أو البنت أو بنت الابن ، فإن كان أخ لأم واحد ففرضه السدس ، والفرض هنا يقسم بينهم بالتساوي الذكر كالأنثى [3] .

13 - جد (الجد الصحيح) هو الذي يرث وهو ما كان من ناحية الأب . وله أحوال خمسة [4] :

أولًا : أن يكون الجد مع الابن وحده أو معه ، ومع أصحاب فروض فله السدس فرضًا فقط [5] .

ثانيًا : أن يكون مع الجد بنت أو بنتان وحدهما أو معهما غيرهما من ذوي الفروض ، فله السدس فرضًا وما بقي بعد فرض غيره ، له تعصيبًا .

ثالثًا : أن يكون مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، وليس معهم صاحب فرض فله حالتان : المقاسمة كأنه واحد منهم ، أو ثلث جميع المال .

رابعًا : أن يكون مع الإخوة ذا فرض فله الأفضل من أحد ثلاثة أمور : السدس من أصل الفريضة ، أو ثلث الباقي ، أو المقاسمة .

خامسًا : أن ينفرد بلا ولد ولا إخوة أشقاء أو لأب حتى ولو كان معه إخوة لأم

---

(1) النصف للزوج عند عدم الفرع الوارث . الشرح الصغير (195/4) وهو ما جاءت به المادة الحادية عشرة من قانون الميراث المصري ، والمادة 268 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 299 من نظيره الكويتي .

(2) الربع للزوجة الواحدة ، أو الزوجات لفقد الفرع الوارث للزوج من ولد ، أو ولد ابن ذكرًا ، أو أنثى ، والثمن لهن لوجوده . الشرح الصغير (195/4 ، 196) .

(3) الثلث فرض لولدي الأم فأكثر من ولدين ، فلا يزيدون عن الثلث . الشرح الصغير (196/4) .

(4) يقول الدردير : « والفروض ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، فالنصف لخمسة : الزوج عند عدم الفرع الوارث ، والبنت إذا نفردت ، وبنت الابن ، لو لم يكن بنت ، والأخت الشقيقة أو لأب إن لم تكن شقيقة وعصب كلًّا أخٌ يساويها ، والجد ، والأخت وهي مع الأوليين عصبة » . الشرح الصغير جـ4 ص 199 وما بعدها . الكافي ص 562 وما بعدها .

(5) السدس فرض جد عند عدم الأب مع فرع وارث للميت . الشرح الصغير (198/4) .

فإنه يأخذ المال جميعه ، ولا شيء للإخوة لأم ؛ لأنه يحجبهم .

14 - جدة فأكثر : وفرضها السدس تأخذه إذا لم يكن ولدها موجودًا ، أو بنتها التي أدلت للميت بها ، والجدة القربى تحرم البعدى .

ومن أراد معرفة أزيد من ذلك فعليه بكتب الميراث في المذاهب ففيها الكفاية لمن استزاد .

بند [11] نظرية التمثيل

القانون الفرنسي : نظرية التمثيل (1) منحة قانونية أعطاها القانون إلى بعض الورثة بدعوتهم إلى الميراث مع وجود ورثة من طبقة أقرب إلى المتوفى مكان أبيهم أو أمهم المتوفاة .

وذلك كما إذا تزوج زيد فولد له خالد وأحمد ، ثم تزوج خالد فولد له محمد وإبراهيم ، ثم مات خالد وترك ولديه محمد وإبراهيم ، ثم مات زيد وترك ولده أحمد وولدي ولده خالد وهما محمد وإبراهيم ، فلو اتبعنا نظام الطبقة القربى تحجب البعدى لحاز أحمد كل الميراث عن أبيه زيد ولا شيء لمحمد وإبراهيم ، ولكن القانون لم ير هذا ، بل منح محمدًا وإبراهيم حق تمثيل أبيهما خالد ودعاهما لأخذ نصيبه لو كان حيًا وهي نظرية التمثيل ، وهي موجودة في القانون الروماني في الأولاد إلى مالا نهاية وفي أولاد الإخوة والأخوات .

وتعليل ذلك أن القانون يفرض الشفقة التي كانت للولد المتوفى موجودة لأولاده والتي كانت للإخوة أو الأخوات أن زالت لأولادهم ، ولأجل أن لا يكون موت أبيهم سببًا في حرمانهم من ميراث جدهم .

منحة التمثيل تكون في حالتين :

الأولى : التمثيل يكون فيمن للمتوفى عليهم ولادة إلى مالا نهاية وهم أولاده

(1) أفضل استخدام المصطلح الفقهي « التنزيل » بدلًا من المصطلح القانوني التمثيل Presentation . ويلعب التنزيل دورًا مهمًا في نظام الميراث الشيعي الذي يقوم على تقسيم الورثة إلى جهات معينة ، أولها الأبوان والأولاد ، والثانية : الإخوة وأولادهم والأجداد ، ولا يرث هؤلاء مع وجود أحد من أفراد الطبقة السابقة . والثالثة : الأعمام والعمات والأخوال والخالات . وطبقًا لهذا الترتيب فإن بنت البنت تنزل منزلة البنت ولا يحجبها ابن الابن ، بل تحجب الإخوة والأعمام ، وينزل الجد الأبوي منزلة الأب ، كما يحل أولاد الإخوة الأشقاء أو لأب محل أصلهم . وقد لقي مبدأ التنزيل اعترافًا محدودًا في الفقه الحنفي والحنبلي في توريث الجهة الأولى من ذوي الأرحام . والخلاصة أن مصطلح التنزيل هو الأقرب إلى الاصطلاح الفقهي . وقد استندت المواد 77 وما بعدها من قانون الوصية المصري الصادر عام 1946 إلى مضمون فكرة التنزيل في تحديد الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء بإعطائهم نصيب أصلهم بحيث يحلون محله . وهو ما استندت إليه كذلك المادة 257 وما بعدها من قانون الأحوال الشخصية السوري .

وأولادهم .. إلخ من أي درجة يكونون .

الثانية : كذلك يكون التمثيل للإخوة أو الأخوات وأولادهم إلى مالا نهاية في أي درجة .

ولا تطبق نظرية التمثيل في الأصول مطلقًا ؛ فالدرجة القَربى تحجب البعدى بلا تمثيل ، ولا تطبق كذلك في بقية الأقارب العاديين ماعدا الإخوة الأخوات .

شروط تطبيق نظرية التمثيل :

لتطبيق نظرية التمثيل يجب تحقيق الشروط الآتية :

أولًا : يجب أن يكون الممثل أهلًا لميراث مورث الممثَّل - يعني يكون له الحق في ميراث المتوفى لو لم تكن طبقته متأخرة عن الطبقة الموجودة الوارثة - فلا يمثل ولد طبيعي أباه في ميراثه من أبيه ؛ لأن الولد الطبيعي لا علاقة له ولا ميراث من والد أبيه الشرعي .

ثانيًا : يجب أن يكون الممثل ولدًا شرعيًا للممثل فإن التمثيل لم يشرع إلا للأولاد الشرعيين بالنسبة لآبائهم .

ثالثًا : يجب أن يكون الممثَّل قد مات قبل وفاة المورث ، فإن تنازل الممثل بعد وفاة المورث عن ميراثه فلا محل للتمثيل ؛ لأن الممثل قد استعمل حقه في التنازل .

رابعًا : يجب أن يكون الممثَّل غير محروم من ميراث المتوفى؛ لأنه لا يمنح أحد ورثة الممثل أكثر مما كان يستحقه هو .

خامسًا : يجب أن لا يكون بين الممثل والمتوفى وارث في درجة أقرب من المتوسطين بينهما .

نتائج التمثيل :

القاعدة أن الممثَّل يأخذ درجة ، وحق الممثَّل لا يأخذ أزيد ولا أقل ، ويكون التقسيم حسب الأصول للورثة لا حسب التعداد والرؤوس ، فلو ترك المتوفى ولدًا وثلاثة أولاد ولد ؛ قسم الميراث إلى قسمين : قسم لولده ، وقسم لثلاثة أولاد ولده يقسم بينهم بالتساوي .

وإن مات وترك أولاد ولديه أو أولاد إخوته وأخواته ؛ تُقَسَّم التركة بينهم حسب الأصول ؛ يعني تقسم على أصولهم الوارثين من المتوفى ، ويقسم نصيب كل أصل بين ورثته هو [1] .

(1) انظر : البنود من 739 إلى 744 في الباب الثالث ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 164 - 165 ولعله قد اتضح الآن الأصل الذي استلهمته قوانين الأحوال الشخصية في القول بفكرة الوصية الواجبة وهو ما يزيد من الوعي بأهمية الدراسات الفقهية المقارنة .

بند [12] نظرية التمثيل

التشريع الإسلامي : نظرية التمثيل في التشريع الإسلامي : هذه النظرية غير معمول بها في التشريع الإسلامي ؛ لأن الشفقة على الولد أكثر من الشفقة على ولد الابن ؛ لهذا كان توريث الولد لا يحتاج لتوكيد ؛ فالقانون فرض الجزئية فيها من غير نص ؛ ولأن الشفقة على ولد الابن بعدت عن المورث ، فلكي يرث يجب أن يُنَصَّ على ذلك بإرادة صريحة من المورث – وهي الوصية – فإذا أراد المورث توريث ولد ابنه فعليه إظهار رغبته صراحة في وصية لهم ، ولو كانوا وارثين بالفعل فلا تصح لهم الوصية ؛ لأنه لا وصية لوارث [1] .

وأما أنه يقال : لا يكون موت مورثهم سببًا في حرمانهم من الميراث فلا يصح أن يكون علة للتمثيل ؛ لأن التوريث مبني على قواعد منها : أن الأقرب للمتوفى يحجب الأبعد فيرث الأقرب فقط متى كان من العصبة [2] ، وإلا فكان الواجب اطراد هذه العلة في كل فرع وارث أو أصل أو حواشي ، وهو غير معقول ؛ لأن معناه خرم قواعد عامة مقررة بشيء لم يرده المورث ، ولو أراده لنص عليه في وصيته . وعلى هذا فالابن يحجب ابن الابن ، والأخ يحجب ابن الأخ قاعدة عامة بلا استثناء ، وقد عمل الآن في ديارنا المصرية بوجوب الوصية لولد الابن وولد البنت الموجود من يحجبهم من أولاد المتوفى [3] .

---

(1) قاعدة : لا وصية لوارث .

(2) قاعدة : الأقرب للمتوفى يحجب الأبعد فيرث الأقرب فقط متى كان من العصبة .

(3) أحيانًا يتوفى بعض الأولاد في حياة والدهم ، ويتركون أولادًا يحرمون من الميراث في جدهم بسبب وجود أولاد ذكور له من طبقة أعلى فيصبح هؤلاء المحجوبون في فقر مدقع بينما أعمامهم في غنى ، ويسار ، مع أن والدهم قد يكون له الفضل الأكبر في تكوين هذه الثروة مع أبيه فضلًا عن أن حرمانهم من الميراث يؤدي إلى التفاوت الفاحش في مواجهة أعباء الحياة بينما هم في مستوى متقارب في صلة القرابة مما يولد الحقد ، والبغضاء .
لذلك بدأ الباحثون المعاصرون من رجال الفقه الإسلامي يفكرون في معالجة هذا الأمر انطلاقًا من أحكام الفقه الإسلامي ذاتها ، وقد وجدوا في الوصية بغيتهم .. وصدرت في مصر ، والكويت تشريعات تعالج هذه الوقائع ، ففي مصر : تناول المشرع المصري هذا الموضوع في المواد (76 ، 77 ، 78) من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 م . وفي الكويت صدر القانون رقم 5 لسنة 1971 م الذي وافق علماء الشريعة عليه ، وقد رأت الدكتورة مريم الداغستاني أن هذا القانون مخالف لما أجمع عليه المسلمون ، ورأت أنه لا يتفق ، وعدالة التشريع الإسلامي .

=

بند [13] حقوق الولد الطبيعي

القانون الفرنسي : التكلم في حقوق الولد الطبيعي ليس سهلًا ؛ لأن المتشرع بين عاملين كلاهما أدق من الآخر .

أولًا : لا يصح حرمان الولد الطبيعي من أموال أبويه ؛ لأنهما أخطآ في وضعه وضعا شاذًا لا ينطبق عليه القانون المعمول به لحفظ وتنظيم أحوال الهيئة الاجتماعية ، ولا ذنب للولد في ذلك .

ثانيًا : حفظًا للنظم الاجتماعية السليمة المتفق عليها يجب إبعاد الضرر عن الولد الشرعي ، وعدم تمكين أحد من الاعتداء عليه في حقوقه المترتبة على زواج صحيح ، ويجب أيضًا المحافظة على الزواج الشرعي وعلى ثمراته وإلا عمت الفوضى ، وتلاشى النظام ، لذلك كان موقف المشرع دقيقًا .

وكان في القانون القديم سواء في بلاد القانون المكتوب أو العوائد قاعدة واحدة ، وهو أن ولد الزنا لا يرث ؛ وبذلك منع الولد الطبيعي من الميراث عقابًا له ؛ لأنه من زنا وهو بريء لم يرتكب جرمًا .

أولًا : حقوق الولد الطبيعي البسيط :

لكي يمكن لولد طبيعي بسيط أن يطلب حقه في ميراث أبويه يجب أن يكون معترفًا به منهما ، سواء أكان الاعتراف اختياريًا أم قهريًا .

طبيعية حق الولد الطبيعي القانونية :

لم يعد هناك شك في أن القانون منح الولد الطبيعي البسيط حق الوارث وصفته ، وأن له حق وضع اليد القانونية كوارث ، وأنه ليس ملزمًا بطلب تمكينه من الميراث بحكم قضائي ، بل يضع يده بقوة القانون كالوراث الشرعي بلا تفريق .

= انظر : أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ص 282 وما بعدها . د . حسن صبحي عبد اللطيف ، المواريث في الشريعة الإسلامية ص 155 . وقد نظمت المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام 1953 والمعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 موضوع الوصية الواجبة . وهناك العديد من الانتقادات الموجهة إلى نظام الوصية الواجبة ، فراجعها في « أحكام المواريث والوصية » لمحمد سراج ص 326 وما بعدها . وقد بان الآن الأصل الذي استندت إليه هذه النظرية ، وهي لهذا اجتهاد قلق يتعين النظر فيه ومراجعته بعد مرور هذا الوقت الطويل على تطبيقه .

نصيب الولد الطبيعي :

نصيبه يختلف حسب حالته مع بقية الورثة وذلك .

أولًا : ولد طبيعي مع أولاد شرعيين : يفرض الولد الطبيعي ولدًا شرعيًا ، وتقسم التركة على الجميع أقسامًا متساوية ، ثم يعطى للولد الطبيعي نصف ولد شرعي . فمن ترك ثلاثة أولاد أحدهم طبيعي يفرضون شرعيين ، وتُقَسَّم التركة أثلاثًا ، ثم يُعْطَى للولد الطبيعي نصف الثلث $\frac{2}{12}$ من التركة ، ويعطى للولدين الشرعيين بقية التركة $\frac{10}{12}$. فإن ترك أربعة أبناء ، اثنان شرعيان ، واثنان طبيعيان ، نفرضهم جميعًا شرعيين ثم نقسم التركة $\frac{16}{12}$ أربعة أقسام فيعطى لكل ولد طبيعي نصف الربع $\frac{2}{16}$ ويبقي $\frac{12}{16}$ للولدين الشرعيين كل واحد $\frac{6}{16}$.

ثانيًا : ولد طبيعي مع حواشي إخوة أو أخوات ممتازين ، أو مع من له على الجميع ولادة كوالدين أو جدين : وهكذا يعطى للولد الطبيعي في هذه الحالة ثلاثة أرباع التركة $\frac{3}{4}$ ، والباقي يُقَسَّم بين الورثة الباقين وهو $\frac{1}{4}$ التركة . فإن ترك المتوفى إخوة أو أخوات مع ولده الطبيعي ، أو ترك أولاد إخوته أو أولاد أخواته الشرعيين أخذ الولد الطبيعي $\frac{3}{4}$ التركة ، والربع الباقي يقسم بين بقية الورثة .

ثالثًا : ولد طبيعي مع حواشي غير مميزين ، وهم ماعدا الإخوة والأخوات ؛ في هذه الحالة يأخذ الولد الطبيعي كل التركة ويحجب الباقين من الأقارب .

حقوق ولد الزنا أو من وُلِد من أقارب حرم القانون اجتماعهم (زواجهم) : ليس لهم حق في الميراث ، وإنما لهم حق المعيشة على الميراث المتروك عن أبيهم أو أمهم ، وينتهي هذا الحق متى عَلَّم الأب أو الأم هذا الولد مهنة تفي بمعاشه أو أعطاه شيئًا من أملاكه يساعده على الحياة .

ورثة الولد الطبيعي :

ميراث الولد الطبيعي البسيط : الولد الطبيعي البسيط يرثه ثلاث طبقات :

(1) الطبقة الأولى : أولاده سواء كانوا أولادًا شرعيين أو طبيعيين أعطاهم القانون صفة الوارث ، فلا يشاركهم في الميراث أحد .

(2) الطبقة الثانية : أبوه وأمه ، فإن مات الولد الطبيعي عن أبيه أو أمه الذي أقر

به واعترف ببنوته ، ولم يكن للمتوفى ولد ولا ولد ولد أخذ التركة كلها من اعترف به . فإن وجد الأبوان واعترفا به أخذ كل منهما نصف تركته .

(3) الطبقة الثالثة : إخوته و أخواته الطبيعيون ، فإن مات الولد الطبيعي ولم يترك أولادًا ، ولا أولاد أولاد ، ولا أبا ، ولا أما ، وترك إخوة أو أخوات طبيعيين أخذوا التركة بشرط أن يكون معترفًا بهم أيضًا مثله ، وليس لهم صفة الوارث ، بل عليهم طلب تمكينهم من وضع يدهم على تركة أخيهم بعد إثبات صفتهم .

حق الرجوع المحفوظ إلي الإخوة والأخوات الشرعيين : إذا مات الولد الطبيعي وترك إخوة شرعيين وإخوة طبيعيين ، ورثه إخوتُه الطبيعيون ، وللإخوة الشرعيين أخذ ما ورثه أخوهم الطبيعي من أبيهم أو أمهم بعد وفاتهم .

ميراث ولد الزنا وولد من حَرَّم القانون زواجهم للقرابة :

يرثه طبقة واحدة وهم أولاده سواء أكانوا شرعيين أم طبيعيين [1] .

بند [14] الولد الطبيعي

التشريع الإسلامي : الولد الطبيعي هو الذي لم يستند إلى فراش شرعي صحيح ولم يعترف به أبوه ، والولد الطبيعي قد يأتي من غلط في الوطء ، أو من نكاح لم يستوف شروطه الشرعية . وكل نكاح يدرأ الحد لما فيه من شبهة ، فإن الولد الناتج عنه يلحق بأبيه ويرث منه ، وهو والولد الشرعي سواء ، ولا يقال له ولد طبيعي [2] .

وكل ولد يصح الاعتراف ببنوته واعْتُرِف بها بالفعل فهو وارث شرعًا وهو ولد شرعي لأبيه [3] ، وشروط الاستلحاق مرت في باب النسب فارجع إليه إن شئت [4] .

(1) انظر : البنود من 756 إلى 766 في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 168 – 172 .

(2) قاعدة : كل نكاح يدرأ الحد لما فيه من شبهة فإن الولد الناتج عنه يلحق بأبيه ويرث منه ، وهو والولد الشرعي سواء ولا يقال له ولد طبيعي .

(3) قاعدة : كل ولد يصح الاعتراف ببنوته واعْتُرِف بها بالفعل فهو وارث شرعًا وهو ولد شرعي لأبيه .

(4) يقول الإمام مالك في باب إلحاق الولد بأبيه : عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت : « كان عتبة بن أبي وقاص عَهَد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال : « ابن أخي وقد عهد إلي فيه فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه فتسابقا إلى رسول الله ﷺ .. فقال عليه الصلاة والسلام هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وراجع باب الولد المستلحق . تنوير الحوالك جـ 2 ص 119 ، 120 .

فإن كان الولد لم يستند إلى فراش صحيح أو فاسد درأ الحد ، أو لم يحكم بلحوقه لأبيه فهو ولد زنا ؛ ولا يرث من أبيه إطلاقًا [1] والسبب الذي دعا المشرع الوضعي إلى اعتبار الولد الطبيعي ولدًا شرعيًا وورثه في أبيه أن تعدد الزوجة ممنوع قانونًا ، فإذا قلنا : إن ولد المنكوحة الأخرى ولد شرعيّ فقد سوينا بين النكاح الصحيح قانونًا والنكاح الاتفاقي المخالف للقانون عندهم .

وليست العلة في توريث الولد الطبيعي أنه ما جنى على أحد فلا تصح معاقبته بجناية أبويه ؛ لأنه لو كان هذا صحيحًا لأبحنا ميراث ولد الزنا ؛ لأنه نتيجة فعل الغير قطعًا فلا يعاقب بالحرمان . والتشريع الوضعي والتشريع السماوي متفقان على عدم توريث ولد الزنا ممن زني بأمه ما دام لم يعترف ببنوته أحد ، فإن اعترف أحد ببنوته وكان مستجمعًا شروط الاستلحاق الشرعية كان الولد شرعيًا ، وتساوى مع إخوته من فراش سابق أو لاحق . أما الولد الذي ولد من أقارب حرم القانون اجتماعهم فهو ولد زنا إذا وقع على هيئة زواج ؛ لأنه باطل ولا يدرأ الحد ؛ فلا يلحق الولد ويحد الزوجان فلا ميراث . وأما إن كان الوطء من غلط ، أو شبهة مثلًا كمن بحث عن زوجته ليلًا فظن من وجدها وهي نائمة أنها زوجته فوطأها فإذا هي أخت زوجته فحملت فولدها يلحق بالمخطئ ويرث فيه ؛ لأن الحد مدروء بالشبهة وبهذا اتفق التشريع الوضعي وهو مأخوذ من التشريع السماوي على عدم توريث ولد الزنا والولد الناتج عن نكاح محرم معروف للزوج [2] .

وليس منع ولد الزنا من الميراث عقابًا له لأنه من زنا . وإنما الواجب محافظة على النظم الاجتماعية ، وعلى ضمان أن الولد للفراش ، وأنه ابن أبيه . فلو أبحنا مزاحمة غير الولد الشرعي إلى الولد الشرعي في حقوقه لقوضنا بناء اتفق الجميع على وجوب بقائه والمحافظة عليه . وأما الولد المعترف به المستحلق فهو ولد شرعي ؛ فإذا مات شخص وترك ولدين من زوجية قائمة وولدًا من امراة غير زوجة ، ولكن

---

(1) قاعدة : الولد الذي لم يستند إلى فراش صحيح أو فاسد درأ الحد أو لم يحكم لحوقه لأبيه فهو ولد زنا ؛ ولا يرث من أبيه إطلاقًا .

(2) قاعدة : لا يورث ولد الزنا والولد الناتج عن نكاح محرم معروف للزوج . ولكنه يرث أمه وأقرباءها لثبوت نسبه منها ، وهو ما بينته المادة 47 من قانون الميراث المصري ، ونصها : « مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة 43 يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثهما الأم وقرابتها » . وهو ما جاء في المادة 303 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 335 من نظيره الكويتي .

المتوفى قد اعترف بهذا الولد أنه ابنه ومات على ذلك ، وكان هذا الولد يولد لمثله ، وليس له نسب معلوم كان هذا الولد وارثًا من المتوفى وهو ولد له وأخ أولاده لأبيهم ؛ فتقسم التركة بينهم أثلاثًا إن كانوا ذكورًا ، وللذكر مثل حظ الأنثيين إن كانوا ذكورًا وإناثًا ، وليس ملزمًا بطلب تمكينه من التركة بحكم قضائي إلا إذا أنكره بقية الورثة شأن كل وارث أيًّا كانت مرتبته إذا تعرض له أحد في حقوقه .

نصيب الولد المستَلْحَق :

الولد المعترف ببنوته يسمى مُسْتَلْحَقًا ، ونصيبه كولد مستند لفراش صحيح من جميع الوجوه فهو عصبة يرث المال إذا انفرد ، ويرث ما بقي بعد أصحاب الفروض ، ويقاسم إخوته لأبيه للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويمنع العصبة البعيدين عن الميراث بحجبهم . ومعلوم أن الولد مجهول النسب الذي لم يستلحقه أحد ولم يُعْرف أبوه هو ولد زنا فأمه معروفة أو مجهولة . فإن كانت معروفة فهي أم و لها ميراث الأم – وهو الثلث أو السدس كما مر سابقًا – وجَدَّتُه ترث فيه إذا فقدت الأم ، وأخواته لأمه يرثون فيه بالثلث أو السدس كما سبق أيضًا ، وأولاده يرثونه كأولاد أي شخص صحيح النسب بلا فارق إطلاقًا [1] .

وإن نفقة الولد المجهول النسب من أبوين في بيت المال ، والمعلومة أمه على أمه إن كانت موسرة ، وإلا فعلى أقرب الناس إليها ، وإلا ففي بيت المال . ولا معنى لإلزام تركة المتوفى بنفقة ولد الزنا الذي لا يعترف المتوفى ببنوته وكيف ينسب إليه . هذا حكم شاذ في القانون الوضعي [2] .

---

(1) يرى الفقهاء المسلمون صحة إثبات النسب بالإقرار على النفس ، وهو الإقرار بالبنوة الذي يستتبع أن يكون المقر له أخًا لأولاد المقر وحفيدًا لأبيه وابن أخ لأخيه . وهذا هو الإقرار المباشر والذي يطلق عليه الأحناف اصطلاح الاستلحاق حاشية ابن عابدين 586/5-616 . وقد اشترط جمهور الفقهاء لإثبات النسب بهذا الإقرار جهالة نسب المقر له ، وإمكان ثبوت نسبه من المقر بأن يمكن ولادة مثله لمثله ، ومصادقة المقر له على هذا الإقرار ، وذلك إذا كان المقر له بالغًا مميزًا . أما لو كان صغيرًا فلا يشترط هذا الشرط ، حتى لو كبر بعد ذلك ونازع في هذا الإقرار لم يلتفت إلى منازعته . ويجب مع هذه الشروط ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا ، لأن الزنا لا يصلح أن يكون سببًا لثبوت النسب . وكما يثبت نسب الولد بإقرار الأب يثبت نسبه من الأم بإقرارها بأمومتها له بالشروط المذكورة . راجع النسب وآثاره للدكتور محمد يوسف موسى ، الطبعة الثانية بالقاهرة ، وراجع كذلك ثبوت النسب في الشريعة للدكتور أحمد الشافعي طبعة 1413 - 1992 .

(2) يقول الإمام مالك في باب القضاء في ميراث الولد المستلحق : « الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقر أبي أن فلانًا ابنه أن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد ، ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه ، يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده » . تنوير الحوالك جـ 2 ص 120 . =

بند [15] حق من بقي حيًا من الزوجين

القانون الفرنسي : لم يكن لمن بقي حيًا من الزوجين حق في الميراث من تركة المتوفى إلا إذا لم يترك أولادًا طبيعيين أو أقارب حتى الدرجة الثانية عشر ، ثم تدرج المشرع في إصلاح حاله بعدة قوانين حتى وصل إلى الحقوق الآتية :

يشترط في استحقاق الميراث لمن بقي حيًا من الزوجين ما يأتي :

أولًا : أن لا يكون صدر حكم الطلاق بين الزوجين ؛ لأنه قاطع للعلاقات الزوجية بما فيها الميراث .

ثانيًا : أن لا يكون صدر حكم بالتفريق الجسماني ضد من بقي حيًا ، فإن التفريق الجسماني لا يقطع علاقات الزوجية ، لكن من مستلزماته أن من صدر ضده يحرم من ميراثه من الزوج الآخر كعقاب له في ارتكاب الخطأ الموجب للتفريق المذكور .

حقوق أحد الزوجين الباقي متغيرة تبعًا لوجود أقارب من الطبقات الوارثة ، أو أولاد طبيعيين وتبعًا لعدم وجود أحد .

ففي حالة وجود أقارب للمتوفى من الطبقات الوارثة أو أولاد طبيعيين يكون لأحد الزوجين المذكور الانتفاعُ حسب ما يقدَّر ، تبعًا لحالة الورثة وعددهم وطبقتهم في الميراث ، وفي حالة عدم وجود أحد يحوز الزوج المذكور كلَّ التركة بكامل الملكية .

تقدير حق انتفاع أحد الزوجين الباقي حيًا :

أولًا - حالة وجود أحد الزوجين مع أولاد للمتوفى من زواج سابق : في هذه الحالة يعطى أحد الزوجين حق انتفاع في نصيب ولد للمتوفى أقل ما يأخذ بشرط أن لا يزيد عن الربع ، فإن ترك المتوفى ولدًا من زواج سابق وثلاثة أولاد من هذا الزواج الذي مات فيه ؛ فيفرض أحد الزوجين ولدًا مع أربعة أولاد فيأخذ الخمس فيكون له حق الانتفاع بثمرة وربع خمس التركة ، فإن ترك المتوفى مع زوجته ولدًا واحدًا من سرير سابق ؛ فيفرض القرين الحي ولدًا فيأخذ النصف فيطبق الشرط ، وهو أنه لا يأخذ ما يزيد عن الربع ، إذن يكون له ريع ربع التركة فقط .

= ويبلغ هذا أن يكون إقرارًا على الغير ، أي غير المقر ابتداء ، وذلك بأن يقر أن فلانًا أخوه أو عمه أو ابن ابنه ، فإنه لا يثبت له ذلك إلا بعد ثبوت نسب المقر له من الأب أو الجد أو الابن . مغني المحتاج 266/3 .

ثانيًا – حالة وجود أحد الزوجين حيًّا مع أقارب آخرين شرعيين ، أو أولاد طبيعيين للمتوفى : يكون لأحد الزوجين الباقي حيًّا حق الانتفاع بثمرة وربع نصف التركة .

ويحسب حق الانتفاع بالربع لأحد الزوجين الحي على مجموع ما ترك المتوفى من جميع أعيان التركة إلا ما استثني من هبة أو وصية .. إلخ .

وبما أن حق الانتفاع بالثمرات يجعل الملكية مجردة عن الانتفاع ، ويجعل الوارث يقف مكتوف اليدين في التصرف في حقوقه الآيلة إليه من الميراث ؛ فلذلك أباح القانون للورثة استبدال حق الانتفاع بمعاش مدة الحياة ، فإن لم يقبل مستحق الانتفاع أجبره القضاء على ذلك إلى وقت نهاية تقسيم التركة . فإن قسمت التركة فلا يجبر المستحق على ذلك إلا إذا قبل هو شخصيًّا باتفاق مع الورثة . فإن تزوج مستحق الانتفاع بالثمرة بطل حقه ، وكذا إن وُجِد ولد شرعي للمتوفى ؛ لأنه لا يصح أن يكون ثروة المتوفى لغير أهله .

وبما أن القانون لم يجعل لأحد الزوجين الحي قدرًا ثابتًا لا ينازعه فيه أحد ، فللمتوفى قبل وفاته حرمان قرينه بالإيصاء بكل تركته لشخص معين ، أو كما يرى فيبقى القرين الحي ، بلا منبع ثروة يعيش منه ، فله الحق قانونًا في طلب نفقة من التركة تفي معاشه ، ويحكم له على التركة [1] .

بند [16] التشريع الإسلامي

حق من بقي حيًّا من الزوجين : رباط الزوجية حبل مقدس بنى عليه المشرع الإسلامي حقوقًا ثابتة دائمة فقرر التوارث بين الزوجين بمجرد عقد الزواج الصحيح ، ووفاة المورث منهما والزوجية قائمة بينهما ، فالميراث نتيجة حتمية للزواج الصحيح [2] .

والزوجية قد ربطت الزوجين بعلاقة شخصية هي أقرب من أي شخص آخر ، فكانت سببًا في علاقة النسب للأولاد وهم مقدمون في المنزلة الأولى من الورثة ، فكان الواجب أن يكون الباقي من الزوجين بعد وفاة الآخر محل عناية المشرع السماوي بعد مخالطة وعشرة غالبًا جعلت كلاهما تعلق بالآخر ، لهذا فصل فيه الأحوال الآتية :

(1) انظر : البنود من 767 إلى 773 في الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 171 – 172 .

(2) جاء في بداية المجتهد أن الأجناس الوارثة ثلاثة : ذو نسب ، وأصهار ، وموال . بداية المجتهد (502/2) .

أولًا : إذا مات الزوج وترك زوجته فلها حالتان :

(1) لم يترك الزوج أولادًا ولا أولاد ابن وإن نزلوا : فللزوجة الربع في التركة كلها الباقية للتوريث [1] . فلو مات الرجل وترك زوجته وأمه وأباه فللزوجة الربع ، ولأمه الثلث ، ولأبيه الباقي .

(2) ترك الزوج أولادًا أو أولاد ابن وإن نزلوا فللزوجة الثمن في التركة كلها الباقية للتوريث [2] ؛ فلو مات وترك بنتًا أو ابنًا أو بنت ابن أو ولد ابن مثلًا و أبًا وأمًّا فللزوجة الثمن ، وللأب السدس ، وللأم السدس ، والباقي لابن الميت أو ابن ابنه ، فإن كانت أنثى فلها النصف ، والباقي للأب تعصيبًا [3] .

ثانيًا : إذا ماتت الزوجة وتركت زوجها فله حالتان :

(1) لم تترك الزوجة ولدًا ولا ولد ابن : فللزوج النصف مما تركت [4] ، فلو ماتت وتركت زوجها وأمها وأخاها فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخ شقيقًا أو لأب الباقي تعصيبًا .

(2) تركت الزوجة لها ولدًا ، أو ولد ابن وإن نزل : فللزوج الربع مما تركت ، فلو ماتت [5] وتركت زوجها وابنها وأمها ، أو بنت ابنها وأمها وزوجها : فللزوج الربع وللأم السدس ، ولابنها الباقي ، أو لبنت ابنها النصف ، وللزوج الربع ، وللأم السدس ، والباقي يرد على غير الزوج من الورثة عند عدم الوارث الآخر في قول ، والقول الآخر يأخذه بيت المال [6] .

---

(1) الربع للزوجة الواحدة أو الزوجات لفقد الفرع الوارث للزوج من ولد ، وولد ابن ، ذكرًا أو أنثى ، منها أو من غيرها ، وخرج بالموارث ولد الزنا ، ومن نفاه بلعان فكالعدم ليحجبها للثمن . الشرح الصغير (195/4 ، 196) .

(2) والثمن للزوجة ، أو الزوجات لوجود الفرع اللاحق . الشرح الصغير (196/4) وهو ما بينته المادة الحادية عشرة من قانون الميراث المصري (1943) والمادة 268 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 299 من نظيره الكويتي .

(3) يقول ابن رشد : « ميراث الأرمل من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدًا ولا ولد ابن الربع ، فإن ترك ولدًا أو ولد ابن فالثمن ، وأنه ليس يحجبهن » . بداية المجتهد جـ 2 ص 342 . الشرح الصغير جـ 4 ص 199 .

(4) النصف للزوج يرثه من زوجته عند عدم الفرع للوارث ذكرًا أو أنثى . الشرح الصغير (195/4) .

(5) والربع للزوج لفرع من الزوجة يرث كبنت ، وابن منه ، أو من غيره ، ولو من زنا للحوقه بالأم . الشرح الصغير (195/4) .

(6) يقول ابن رشد : « أجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدًا ولا ولد ابن النصف ذكرًا كان الولد أو أنثى وأنها إن تركت ولدًا فله الربع » . بداية المجتهد جـ 2 ص 342 . الشرح الصغير جـ 4 ص 199 .

ويشترط في الميراث بسبب المصاهرة (الزواج) :

(1) أن تكون الزوجة في العصمة وقت الموت حقيقة كما إذا لم يحصل طلاق أصلًا أو حكمًا كما إذا كانت في عدة الطلاق الرجعي منه (على تفصيل في ذلك) . وقد نصوا على أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًا ، ثم مات بعد سنة أو أكثر من يوم الطلاق فقالت : لم أحض من يوم الطلاق إلى الآن أصلًا ، أو لم أحض إلا حيضة واحدة أو اثنتين ولم أدخل في الثالثة . فلا يخلو حالها من أمرين : تارة يظهر في حال حياة مطلقها احتباس دمها للناس ، ويتكرر قولها للناس فيقبل قولها بيمين وترث من زوجها المتوفى لضعف التهمة حينئذ ، وتارة لم تكن تظهره في حال حياة مطلقها فلا يقبل قولها ؛ ولا ترث لدعواها أمرًا نادرًا فالتهمة قوية .

ونصوا أيضًا على أنه إن طلقها ومات بعد سنة من طلاقها فقالت : لم تنقض عدتي فأنا أرث وهي مرضع أو مريضة صدقت في عدم الحيض . وحاصله أنه إذا كانت المرأة مريضة أو مرضعة في كل المدة التي بين الموت والطلاق فإنها تصدق في دعواها في هذه الحالة عدم انقضاء عدتها بغير يمين . ولو كانت المدة أكثر من سنة وترث . فإن كانت مريضة أو مرضعة في بعض تلك المدة وادعت عدم الانقضاء بعد الفطام أو بعد زوال المرض ؛ ففي المَوَّاق عن ابن رشد أن حكم المرضع بعد الفطام كالتي لا ترضع من يوم الطلاق ؛ لأن ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس بريبة اتفاقًا ، وحينئذ فتصدق بيمين بعد الفطام سنة فأكثر إذا كانت تظهره في حياة مطلقها ، ومثلها المريضة فإن كانت لا تظهره فلا تصدق ولو بيمين ، وأما لو ادعت ذلك بعد الفطام في أقل من سنة فإنها تصدق بيمين .. اهـ .

مثل هذه الدعاوى في انقضاء العدة وعدم انقضائها خصوصًا بعد مدة الحمل الشرعية تسعة أشهر ، أو المدة الاحتياطية المقدرة بسنة من يوم الطلاق أو الوفاة كان مرجع الفصل فيها إلى مدة الحمل الاعتيادية ، أو تصديق المرأة لمدة سنة أو إن ارتابت أو ظهرت عليها أعراض الحمل إلى أقصى أمد الحمل وهو أربع سنوات أو خمس هذا .

ولكن الآن نحن في سنة 1364 هـ وسنة 1944 م وقد قطع الطب الشك باليقين و أمكن للطبيب الحاذق معرفة المرأة إن كانت حاملًا أم لا حتى ومعرفة كم شهر مضى على الحمل على وجه التقريب ، ومعرفة إن كانت المرأة حائضًا أم لا .

فوجب تغيير مجرى هذه الأحكام قطعًا . والاتجاه إلى الحكم الصحيح المبني على قواعد علمية صحيحة ندر أن تخطئ ، وهذا من مصالح الناس الواجب المحافظة عليها خصوصًا في عدم انقضاء العدة أو في دعوى الحمل . فمتى طلب الزوج من القاضي إحالة زوجته على الطبيب المسلم الحاذق الشرعي المتخصص في أمراض النساء لتقرير أن مطلقته حائض أم لا وجب على القاضي إجابة طلبه فورًا ، فإما تقبل المطلقة الكشف عليها ، وإما تعترف بالحقيقة .

وللورثة ومن يعنيهم أمر التركة طلب تحويل الزوجة المدعية الحمل إلى الطبيب لمعرفة حقيقة أمرها هل هي حامل أو مدعية الحمل . ويشترط في الطبيب الذي يؤخذ بقوله قضاء :

أولًا : أن يكون مسلمًا ، غير مشهور بالفسق ولا بالمجون ، محافظًا على سمعته وشرفه .

ثانيًا : أن يكون متخصصًا في أمراض النساء له في علمه درجة ممتازة ، قل أن يخطئ ، مشتغلًا بمهنة الطب مدة تؤهله للحكم الصحيح وهي عشر سنين .

ثالثًا : أن يحلف اليمين الشرعية أن يقول الحق ويقرر ما يراه بلا زيادة ولا نقص ، وأن يكشف كشفًا دقيقًا بلا محاباة .

والأحوط أن يكون من طبيبين أو ثلاثة مجتمعين أو منفردين ، ومتى كانوا كذلك كان رأيهم قاطعًا .

وليس في هذا إلا سد ذرائع الفساد وضمان حقوق العباد ، والضرب على أيدي الضالين الذين يريدون أكل أموال الناس بالباطل . وليس في هذا انتهاك حرمة كشف العورة ؛ لأن هذا لتقرير حق أو لدفع باطل ، وهو واجب عام فتذهب المصلحة الخاصة لتحقيق أمر عام ، ومتى شاع هذا راجعت المرأة نفسها قبل الادعاء لمعرفتها أنها سيكشف العلم عن كذبها أو صدقها ، خصوصًا في زمن أصبح الحق فيه نادرًا وشاع الفساد وخربت الذمم ، فوجب المصير إلى تحكيم الطب ؛ لأن هذا من قبيل المصالح المرسلة .

ثانيًا : أن لا تكون ملاعنة . فلا يرث ملاعن زوجته التي لاعنها إذا التعنت بعده بمجرد تمام لعانها . فإن ماتت قبل التعانها ورثها ، ولا ترث الزوجة الملاعنة كذلك

بعد لعان زوجها ، فإن بدأت ومات قبل لعان الزوج ورثت .

والمفهوم أن الولد يشمل الذكر والأنثى سواء أكان الولد من الزوج الموجود ، أم من غيره ، أم كان من الزوج المتوفى عنها ، أم من غيرها .

فالذي يحجب الزوج من النصف إلى الربع ولد المتوفاة من الزوج الوارث ، أو من غيره ، أو ولد الابن ، أو ولد ابن الابن وهكذا .

والذي يحجب الزوجة من الربع إلى الثمن : ولد المتوفى منها أو من غيرها ذكرًا ، أو أنثى ، أو ولد الابن ، أو ولد ابن الابن وهكذا ، وولد الزوج من غير الزوجة وولد الزوجة من غير الزوج سواء [1] .

وليس في التشريع الإسلامي تفريق جسماني ؛ لأن الزواج إما قائم مؤد لوازمه من الزوجين ، كلٌّ قائم بتعهداته ، وإما معدومٌ بالطلاق أو بالموت ، ولا واسطة بينهما .

وميراث الزوجين حق ثابت مملوك لهما عينًا ، لهما حق التصرف فيه بجميع وجوه التصرفات القانونية من بيع ، وبدل ، وهبة ، ورهن ، وإيجار .. إلخ . يعني ليس كالتشريع الوضعي يملكان في ميراثهما حق المنفعة ، بل يملكانه رقبة ومنفعة من جميع الوجوه .

وحقهما (أي الزوج والزوجة) لا يمكن إسقاطه بأي وارث ، ولا يُقَدَّم عليه أحد من الورثة ، فهما أصحاب فروض ، ولا بد من أخذ فرضهما ولو لم يبق للعاصب شيء من التركة .

ومتى توفى المورث فلا حقوق لأحد تنتقل على التركة إلا إذا كانت الالتزامات انتقلت عن ذمة المورث فيما ترك من التزامات مالية يجب الوفاء بها من التركة .

فلا يقضى بنفقة لأحد على التركة ؛ لأنها أصبحت بمجرد الوفاة ملكًا للورثة فلا يقرر حق على ملك الغير إلا لسبب صحيح قائم ، فلا حق للزوجة في فرض نفقة بعد الوفاة ، فإن كان لها دين تجمد في ذمة المتوفى من فرض نفقة أو غيره فيقدم سداد الدين على التوريث أولًا ، فإن بقي شيء فهو للورثة الذين منهم الزوجة صاحبة الحق .

---

(1) والثمن للزوجة أو الزوجات لوجود الفرع اللاحق . الشرح الصغير (196/4) .

بند [17] القانون الفرنسي

حق الحكومة : تستحق الحكومة الميراث متى توفى الشخص ، وليس له ورثة شرعيون ، ولا ورثة غير نظاميين ، وطبيعة حق الحكومة أنه ليس ميراثًا . وإنما هو حق عدم وجود فرع وارث ، وبعضهم يقول : إن الحكومة وارث غير نظامي ، ولذلك لا حق لها في وضع يدها إلا بحكم قضائي .

وتجب ملاحظة أن الميراث حق الحكومة بشرط مراعاة بعض أشخاص معنوية :

أولًا : يقدم مجلس المديرية على الحكومة في ميراث اليتامى الذين تربوا في المنشآت العامة ، فإن مات يتيم وليس له وارث ، كان ميراثه للمجلس دون الحكومة والتكايا والمستشفيات .

ثانيًا : تقدم المستشفيات في ميراث المنقولات التي أحضرها معه عند دخوله للتداوي على الحكومة ، بل وتُقدَّم أيضًا على الوارث غير النظامي متى كان تداوي المريض بالمستشفيات مجانًا [1] .

بند [18] حق الحكومة

بيت المال

التشريع الإسلامي : بيت المال وارث وإن لم يكن منتظمًا ، فيأخذ جميع المال إن انفرد دون وارث آخر ، أو الباقي بعد ذوي الفروض ، ولا يردُّ على ذوي السهام عند عدم العاصب في مذهب الإمام مالك [2] . والمراد ببيت المال بيت المال الذي لوطنه مات بغيره أو به من البلاد ، كان ماله به أو بغيره كما في الحطاب [3] .

---

(1) انظر : البنود من 768 إلى 773 في الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 171 – 172 .

(2) جاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل : « إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ، ولا من يرثه بالولاء ، فماله لبيت مال المسلمين ، وقد أطلق – رحمه الله – في بيت المال ، ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه الشرعية ، وكأنه – رحمه الله – يتبع ظاهرًا كلام ابن الحاجب حيث قال : وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور ، وقيل لذوي الأرحام . مواهب الجليل (413/6 ، 414) .

(3) عن الرد لبيت مال المسلمين واعتباره من المستحقين للمال إذا لم يوجد عصبات ولا أصحاب فروض [إلا أن يكون له إخوة لأم فيكون لهم الثلث ، أو تكون أمة مولاه فيكون باقي المال لمواليها ، وإلا فالباقي ليست =

ومعنى هذا أن مجالس البلدية مقدمة على خزانة الدولة في الصرف، فتصرف على ما يعود على المحلة التي بها وطنه ليكون النفع محليًا، كما لا تُنْقَل الزكاة من محل وجوبها، بل تنفق على فقراء المحلة، إلا إذا عدم الفقراء في ذلك المحل، فتُنْقل للأقرب فالأقرب. والذي يتولى وضع اليد على التركة هي خزانة الدولة.

وإذا لم يكن للمتوفى بلا وارث وطن، فهل المعتبر محل المال أو الموت؟ خلاف.

والظاهر من نصوص المذهب أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب، وهو المشهور كان منتظمًا أو غير منتظم.

وقيل: إن بيت المال حائز للأموال الضائعة فليس بوارث. وهو قول شاذ. وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب، ولا يجوز على القول بأنه وارث عاصب. وعليه أيضًا يجوز الإقرار بوارث، وليس ثم وارث ثابت لا على القول الأول فلا يجوز.

وعلى القول المشهور لا يدفع ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء لذوي الأرحام بل ما فضل لبيت المال.

وقيد بعض المتشرعين ذلك بما إذا كان الإمام عدلًا يصرف بيت المال في مصارفه الشرعية، وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام [1].

كل هذه نصوص شرعية في كتب مذهب الإمام مالك، ولست في حاجة إلى القول بأن النصوص الوضعية هي هذه النصوص الشرعية بلا فارق فيكون المتأخر - وهو الوضعي - قد نقلها عن المتقدم - وهو الشرعي - ومع ذلك أنكر العلماء الوضعيون أخذها وسرقتها، ونسبوها لأنفسهم، ولله في خلقه شئون.

= مال المسلمين. وبه قال مالك والشافعي. إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الأرحام أولى من جماعة المسلمين] بداية المجتهد جـ 2 ص 355. الكافي لابن عبد البر ص 555 وما بعدها.

(1) تضمنت المادة 23 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية قاعدة إسناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها وتقع أعيانها في مصر، حيث تقضى وفقًا لقانون المواريث وأحكام الفقه الإسلامي بأيلولة التركة إلى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالًا لا مالك له. انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 7، 8.

بند [19] القانون الفرنسي

الميراث الشاذ للأبوين الواهبين : وهو الحق الذي منحه القانون إلى الوالدين وإن عَلَيَا في أخذ هبتهما الموهوبة للمتوفى وكانت باقية بعينها ولم يترك ذرية ترثه .

الطبيعة القضائية لحق ميراث الأصول المعطين :

حق رجوع الأصول يحمل معنيين أو صفتين :

أولًا : هو حق ميراث ولكن لا يستحق الأصول هذا الميراث إلا إذا وُجِدَت الأعيان الموهوبة بطبيعتها ، ويأخذها بحالتها التي تركها عليها المتوفى ، يعنى بمالها وما عليها من حقوق عينية .

ثانيًا : هذا ميراث شاذ ؛ لأنه مخالف لقواعد الميراث ولقواعد التوريث .

شروط استعمال حق الرجوع :

لأجل أن يرث الأصل فرعه في هذا الميراث الشاذ يجب تحقق ثلاثة شروط :

أولًا : يجب أن يكون الواهب من أصول المتوفى ، ويجب أن يكون الأصول شرعيين ، ولا يشترط أن يكون من طبقة معينة في الأصول ، فيصح من أب أو أم أو جد أو جدة أو جد الجد ، ولا ترتيب في هذا الميراث بل هذا الميراث لمن أعطى ، ولا يعطى حق الرجوع للأصول الطبيعيين .

ثانيًا : يجب أن يكون الموهوب له فرعًا وأن تكون وفاته قبل أصله الواهب وبدون فرع وارث ، ويجب أن يكون الفرع شرعيًا لهذا الأصل .

ثالثًا : يجب أن تكون الأعيان الموهوبة موجودة بطبيعتها ، فإن خرجت من تركة المتوفى ببيع أو هبة أو حتى بوصية انعدم حق الرجوع إلا فيما يلى :

(1) إذا باعها المتوفى ولم يقبض ثمنها فلأصله الواهب حق أخذها .

(2) إذا تصرف فيها المتوفى بما يخرجها عن ملكه وكان له حق دعاوى لإرجاعها لملكه كحق إلغاء العقد ، أو نقض البيع لخيار ، أو حق الاسترداد فللواهب الأصل حق أخذها .

نتائج حق الأصول في استرجاع ما وهبوا : بما أن حق الأصل في أخذ ما وهبوا

يعتبر ميراثًا فله حق وضع اليد ، ويأخذها بحالتها التي تكون عليها من تحسين أو إصلاح أو تغيير أو إهمال . ويتحمل من ديون التركة بنسبة هذه الأعيان إلى مجموع التركة . وبما أن حق الرجوع يعتبر ميراثًا شاذًا فلا يكون الأصل مرتبطًا مع بقية الورثة بأي علاقة قضائية ؛ فلا ضمان بينهم ولا قسمة ولا التزام . ويجوز الجمع بين أصل واهب وأصل وارث ، ويجوز قبول أحد الوضعين ورفض الآخر .

ميراث شاذ في أحوال أخرى :

أضاف القانون إلى ميراث الأصل الواهب الشاذ حالتين : جعل فيها ميراثًا شاذًا أيضًا وهما :

أولًا – في التبني : حقوق المتبنِّي بالنسبة للمتبنَّى . المتبنِّي ليس له أي حق في ميراث المتبنَّى العادي ، لكن القانون أباح للمتبنِّي الرجوع لأخذ ما وهبه لمن تبنَّاه وتوفي بغير أولاد شرعيين . وكذلك يجوز للمتبني هذا الحق في حالة موت ورثة من تبنَّاه قبله ، فيأخذ عين ما وهبه من تركة من تبناه ومن ورثته . ويجوز لورثة المتبني الرجوع فيما وهبه مورثهم لمن تبناه في حالة موته بلا عقب ، وكذا لهم الرجوع فيما أوصى به بعد وفاته .

ثانيًا : في حالة الولد الطبيعي إذا مات الولد الطبيعي وترك إخوته أو أخواته الطبيعيين ورثة له فقط فيجوز لإخوته أو أخواته الشرعيين الرجوع فيما ترك لأخذ الأعيان التي أخذها من مورثهم المشترك بطريق الهبة أو بطريق الميراث .

ويشترط في هذه الحالة عدم وجود أب أو أم للولد الطبيعي . وحق الرجوع للإخوة أو الأخوات الشرعيين ليس ميراثًا حقيقيًا ، بل ميراث شاذ ، فلا بد من طلب التمكين من القضاء لوضع اليد .

بند [20] الميراث الشاذ للأبوين الواهبين

التشريع الإسلامي : هذا النوع من الميراث لا محل لوجوده؛ لأن المفهوم من شروط تحقق هذا النوع أن الواهب ممن له على المورث ولادة ، وأن يكون المورث من فروع هذا الأصل المعطي ، وأن تكون وفاته قبل وفاة أصله الواهب . وبهذا يكون الميراث قد خالف أصلين من أصول التشريع :

أولًا : إنه رجوع في الهبة ، والرجوع في الهبة ممنوع متى حازها الموهوب له ،

وهو رجوع فيها على أي صفة تكون وقت وفاة الموهوب له . وهذا ليس بتشريع ثابت على أصول معقولة . وإنما هو نوع من التحكم أملته الرغبة في عدم الخضوع للنظم الاجتماعية .

ثانيًا : إن الواهب الباقي بعد وفاة الموهوب له جد ، أو أب ، أو جد جد ، أو أم مثلًا ، وهو وارث فهو يحوز التركة بما فيها الموهوب بلا خوف من أحد يشاركه ؛ فلا معنى إذن لأن نخص الهبة بالذكر .

لهذا كان هذا النوع من الميراث غير موجود في التشريع الإسلامي ؛ لأن المورث المتوفى حينما قبل الهبة قد ملكها ملكًا حقيقيًا يتصرف فيها كما يشاء ؛ فالرجوع فيها على هذا الوجه يجعل المالك غير مالك ، ولا يوجِدُ ثقةً في التعامل مع الناس إطلاقًا .

وكذا الحكم في الولد المتبنَّى . وزاد أنه أجنبي من المتبنِّي في التشريع الإسلامي فيملك الهبة بمجرد العقد ، ويتأكد الملك بالحوز ؛ فلا يجوز انتزاعها منه ولا من ورثته ؛ لأنه تركها لهم ميراثًا من ملكه الخالص ، ومثل ذلك في الولد الطبيعي [(1)] .

بند [21] ملكية الوراثة للورثة النظاميين وغيرهم

القانون الفرنسي : الفرق بين الملكية ووضع اليد : يملك الوارث النظامي والوارث غير النظامي أعيان التركة من وقت الاستحقاق بلا فرق بينهما في ذلك ، وينتج عنه :

(1) الوارث النظامي والوارث الغير النظامي ملاك لأعيان التركة .

(2) يكفي أن يعيش الوارث بعد موت مورثه لحظة ليملك نصيبه فينقل إلى ورثته .

(3) قبول الوارث للوراثة تأكيد لتملكه لا ابتداء تمليك ، والتنازل عن الميراث إخراج الأعيان الموروثة عن ملكيته .

(1) ليس هذا من قبيل الميراث ، وإنما هو من قبيل الرجوع في الهبة ، وهو رجوع يجيزه القانون المذكور بشرائطه المذكورة ، ولا يوجد ما يمنع من هذا الرجوع في الفقه الحنفي الذي يجيزه ما لم يوجد مانع يمنع منه . وقد ضبطت مجلة الأحكام العدلية في المواد 866 - 874 هذه الموانع ، وتتمثل في القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له ، وفي الزوجية ، والتعويض عن الهبة ، وفي إحداث زيادة متصلة بالموهوب أو تغييره وخروجه عن ملك الموهوب له ، وهلاكه أو استهلاكه ووفاة الواهب أو الموهوب له .

وأما وضع اليد فيختلف الوارث القانوني والوارث غير النظامي فيه اختلافًا كليًا ، فالورثة النظاميون لهم الحق في وضع أيديهم على أعيان التركة بقوة القانون بدون احتياج إلى إجراءات أخرى ، ولكن الورثة غير النظاميين ليس لهم هذا الحق ، بل يجب عليهم طلب الإذن بوضع اليد من المحكمة والحصول عليه أولًا .

وضع اليد القانوني :

الحجز القانوني أو الوراثي هو : الحق الممنوح قانونًا للوارث النظامي في وضع يده على أعيان التركة بدون احتياج إلى أي إجراء قانوني آخر ، وأصل هذا النظام مأخوذ من القانون الجرماني .

وهذا الحجز القانوني منح إلى ثلاث طبقات :

أولًا : يمنح هذا الحق إلى الأصول في خط مستقيم وإن علا ، وإلى الحواشي كما مر ، وإلى الولد الطبيعي ، وإلى أب وأم الولد الطبيعي .

ثانيًا : الموصى له العام إذا لم يكن معه وارث ، فإن كان معه وارث اضطر إلى طلب الأعيان الموصى بها له ، وكان الحجز القانوني للورثة ، ويلحق به المعطى له هبة مستقبلة .

ثالثًا : منفذ الوصية ، فيجوز للوصي منحه شرط الحجز القانوني لتنفيذ الوصية فيعمل بهذا الشرط لمدة سنة .

مدى امتداد حق الحجز القانوني بالنسبة لأعيان التركة :

القاعدة أن حق الحجز يمتد إلى كل أعيان التركة بدون استثناء الأعيان التي ملكيتها للغير كالوصية ما خلا الأعيان التي لأصحابها حق الرجوع فيها ، والأعيان الموهوبة مستقبلًا .

وحق الحجز القانوني يتعلق بالورثة جميعًا بلا تفرقة حسب النص الذي كان معمولًا به سابقًا ، وهذا الحق يتعلق بشخص الوارث وبدرجته بحيث يُقَدَّم الأقرب فالأقرب ، وهو المعمول به الآن .

وبما أن الوارث له حق قبول الميراث أو رفضه فللوارث الأبعد في مدة خيار الأقرب وضع يده على أعيان التركة ، واستعمال حق التداعي ضد الغير ، محافظة

عليها ؛ لأن ضياعها سيعود عليه في حالة رفض الأقرب للميراث ، وليس له جبر الأقرب على القبول أو الرفض وإنما له حق المحافظة على التركة ، وحق حجزها إذا لم يحجزها الأقرب فالأقرب .

نتائج الحجز القانوني :

أولًا : يجيز للوارث وضع يده على الأعيان المخلَّفة عن المتوفى مع زيادة حق الحجز الفعلي مع عدم ملزوميته بإثبات شخصيته وطلب الإذن من المحكمة .

ثانيًا : يجوز للوارث رفع دعوى مطالبة مديني التركة ، ويجوز لدائني التركة رفع دعواهم ضد الورثة ، وللورثة حق المعارضة بموعد الاختيار .

ثالثًا : يجوز للوارث رفع دعوى وضع اليد التي كانت للمتوفى بالنسبة للعقار ، ولو لم يضع يده على التركة .

ولا يجوز للوارث فتح خزانة المتوفى التي بالبنك وله فيها تركة ، إلا بحضور أحد مسجلي العقود الذي يحصي جميع ما يجده في محضر خاص .

طلب وضع اليد : والشخص الذي يجب عليه طلب وضع اليد بلا نزاع هو أحد الزوجين الباقي حيًا والحكومة ، والخلاف في إخوة وأخوات الولد الطبيعي ، والمعمول به أنه يجب عليهم طلب الإذن بوضع اليد . والطريق الواجب اتباعها هي :

أولًا : وضع الأختام على أعيان التركة بعد عمل محضر الحصر خوفًا من تبديدها .

ثانيًا : يُقدَّم الطلب إلى المحكمة التي بدائرتها التركة ، فتعلن المحكمة هذا الطلب ثلاث مرات ، ثم تلصقه في مكان مطروق ، ثم تبحثه وتصدر قرارها بوضع اليد للطالب .

ثالثًا : يجب على أحد الزوجين الباقي حيًا - متى طلب وضع يده على التركة - أن يقدم ضمانًا كافيًا لإمكان إرجاع التركة إلى الوارث إذا ظهر لمدة ثلاث سنين ، وبعد ذلك يلغى الضمان .

فإن خولفت هذه الاحتياطات وظهر وارث فله الرجوع بالتعويض (1) .

---

(1) انظر : البنود من 815 إلى 842 في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 181 ، 188 .

بند [22] ملكية الوراثة للورثة

التشريع الإسلامي : ملكية التركة إلى الورثة تبتدئ بعد لحظة الموت الحقيقي - وهو إسلام الروح ، أو بعد موته حكمًا ، وهو الحكم بوفاته بعد غيبة منقطعة (1) . والملكية تكون بين الورثة مشاعة كل واحد حسب نصيبه ، فيملك الوارث نصيبه في التركة متى تحققت حياته بعد وفاة مورثه ولو لحظة واحدة فيورَّث عنه هذا النصيب لورثته (2) .

وليس في التشريع الإسلامي قبول الميراث أو رفضه ، وإنما للوارث التخلية بين التركة ودائني المورث فيبيعونها لاستيفاء ديونهم قبل القسمة .

وكل وارث له الحق في وضع يده على نصيبه في الميراث إذا مكنه باقي الورثة ، فإن أنكروا عليه صفته ومنعوه من استلام حقه لجأ إلى القضاء لإثبات صفته ، وطلب الأمر بتسليم نصيبه ممن تعرض له في ذلك ، ولا يجب على الوارث أيًا كان طلب الإذن بوضع اليد من القاضي ما دام لم يعارضه أحد .

ليس في التشريع الإسلامي حجز قانوني بالمعنى المفهوم وضعًا ، وإنما للموصى له والموهوب له طلب الأمر بتسليمهم الوصية أو الهبة من واضع اليد على التركة وارثًا أو وصيًّا منفذًا للوصاية ، وحق الحجز القانوني - بمعنى المحافظة على التركة - يكون حقًّا عامًّا إذا كان في الورثة عديم الأهلية القانونية كقاصر أو مجنون أو محجور عليه .. إلخ .

---

(1) شرط الإرث تحقق حياة الوارثة بعد موت المورث ، ووقف مال المفقود عن القسم بين الورثة للحكم من الحاكم بموته . الشرح الصغير (266/4 ، 267) .

(2) تناولت المادة 911 من القانون المدني المصري حق الورثة في إعادة القسمة للتركة إذا كان قد أعطى منها بعض الأقارب ، ولكن ظهرت وفاتهم قبل وفاة المورث ونصها : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة ، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلي باقي الورثة طبقًا لقواعد الميراث » وهو ما تناولته المادة 990من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 112 من التقنين الأردني .

وتتفق أحكام المادة مع الأحكام الشرعية في الميراث والوصية . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 400 .

فيجب حصر أعيان التركة والمحافظة عليها إلى أن يعين وصي أو قيم يستلمها لكي يديرها ، وينميها ، ويحفظها لعديمي الأهلية .

وحق المحافظة على التركة حق عام يصح لكل شخص طلبه من القاضي أو من السلطة التي تتولى المحافظة على أموال عديمي الأهلية كالمجالس الحسابية بالقطر المصرى . وأما التداعي باسم التركة لها أو عليها فلا يكون إلا ممن له صفة الوراثة ، أو ممن أقامه القاضي ممثلًا للتركة أو للميت [1] .

فيجوز للوارث وضع يده على الأعيان المخلفة ، ومطالبة مديني التركة . ولدائني التركة رفع دعواهم ضد أحد الورثة في حدود مقدار التركة حيث إن أي دعوى في دين يزيد على قدر التركة لا تسمع ضد الوارث متى أثبت ذلك .

ومتى كانت التركة خالية من النزاع فلا داعي للترافع ، ولا يُلْزَم أحد من الورثة برفع دعوى وضع اليد والتمكين من التركة ، فإن اختلفوا في الصفة وقدر الفرض لكل واحد مثلًا فيرفع الأمر للقضاء للفصل فيه بعد سماع الدعوى والدليل .

ومتى رفعت الدعوى وخشي المدعي تبديد التركة ؛ جاز له شرعًا طلب وضع أعيان التركة تحت يد أمين حتى يفصل في النزاع إن كان النزاع جديًا ، ويمكن للمدعي كسب دعواه احتمالًا وعلى القاضي إجابته لذلك . وللقاضي أن يطلب من واضع اليد ضامنًا لما عساه أن يتلف من التركة لرد حق المدعي كاملًا متى

---

(1) تناولت المادة 881 من القانون المدني المصري الإجراءات اللازمة للحفاظ على التركة قبل قسمتها ، وهو ما تناولته المادة 1092 من التقنين الأردني .

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي ، فهو يدخل في نطاق الإجراءات اللازمة للمحافظة على أموال التركة إلى أن تتم التصفية .

وقد حددت المادة 732 مدني مصري بعض هذه الإجراءات ونصها : « يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية باتفاق ذوي الشأن جميعا ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه » .

وهو ما حددته المادة 898 من التقنين الأردني .

والمادة 738 من التقنين الكويتي

والسند الشرعي للمادة أن تعيين الحارس يراد به المحافظة على مصالح ذوي الشأن جميعًا ، حيث يتولى الحارس حفظ المال وإدارته رَيْثما ينحسم النزاع ، وهو ما يملكه ولي الأمر ؛ إذ التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة) . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 287 ، 393 .

حكم له بأحقيته في دعواه [1] .

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري بعض إجراءات تصفية التركة ، ونصها : « إذا لم يعين المورث وصيًا لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، اذا رأت موجبًا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء .

وهو ما تناولته المادة 1087 من التقنين الأردني وما تضمنته هاتان المادتان إنما هو تنظيم لتصفية التركة تصفية جماعية على نحو لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن شأنه حماية مصالح ذوي الشأن جميعًا ، فهو في حقيقته تطبيق عملي للقاعدة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون .

وقد جاء في المادة 734 مدني مصري أنه « يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها ، بإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد » .

ويتفق ذلك مع المادة 740 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 288 ، 391 ، 392 .

نتيجة المقارنات من بند 5 إلى نهاية 22

يختلف التشريعان فيما يأتي :

طبقات الميراث المختلفة - الورثة الشرعيون - ورثة الولد الطبيعي - حق من بقي حيًا من الزوجين - الميراث الشاذ للأبوين الواهبين - حقوق الولد الطبيعي .

ويتفق التشريعان فيما يأتي :

الميراث - شروط الوارث - أسباب الحرمان من الميراث (في الجملة) - نتائج الحرمان من الميراث (في الجملة) - نظرية التمثيل (في الجملة) - حقوق ولد الزنا - حق الحكومة - ملكية الميراث للورثة النظاميين وغيرهم - طلب وضع اليد (في الجملة) .

الكتاب الثاني

بند [23] قبول الوارث للميراث

القانون الفرنسي : يفرض القانون للوارث ثلاثة أحوال :

1 – قبول الميراث بلا شرط ولا قيد .

2 – قبول الميراث بشرط الانتفاع بالحصر .

3 – رفض قبول الميراث .

قبول الميراث بلا شرط ولا قيد : يلزم الوارث بدفع ديون التركة مهما كانت ، ولو زادت عن قيمة الميراث ، ورفض الميراث قد يحرم الوارث من فائدة محققة ، وهى زيادة الميراث عن ديون التركة . ولكن قبول الميراث بشرط الانتفاع بالحصر بمعنى أن قيمة التركة متى زادت عن ديونها أخذها الوارث فلا يجب عليه دفع دين منها أزيد من قيمتها ، فإن استغرقت تركها للدائنين بلا رجوع عليه بأي شيء ؛ فهي الطريقة المثلى التي على العاقل اتباعها ، وقد فرض القانون استعمال هذه الطريقة في :

أولًا : القاصر والمحجور عليه : ليس لهما قبول الميراث إلا بشرط الانتفاع من الحصر .

ثانيًا : الورثة المختلفون في القبول وعدمه لميراث دعى مورثهم لأخذه قبل وفاته ، ومات ولم يعلن رأيه في القبول وعدمه فيفرض عليهم القانون بشرط الحصر .

مدة الاختيار :

للوارث ثلاثة أشهر لعمل الحصر ، وله أربعون يومًا للاختيار،وتبدأ الثلاثة أشهر من يوم تحقق الوفاة ، وتبدأ الأربعون يومًا بعد نهاية الثلاثة أشهر ، فإن رفضت الميراث الطبقة الأولى من الورثة ابتدأت الثلاثة أشهر للطبقة الثانية من يوم الرفض ، وللمحكمة الحق في إطالة الأجل بناء على طلب الوارث متى كان هناك ظروف تبرر ذلك .

وللورثة معارضة دائني المورث عند مقاضاتهم بعدم مرور هذا الأجل وتقبل معارضتهم ، لكن هذه المقاضاة تقطع المدة وترتب فوائد التأخير على التركة .

ومتى انتهى الأجل جاز لدائني التركة مقاضاة الورثة ، ويحكم عليهم كوارث بلا قيد ولا شرط ، ولكن ليس معناه أنه لا يجوز لهم بعد الأجل رفض الميراث بل يجوز لهم ذلك . وحق قبول الميراث أو رفضه يبقى ثلاثين سنة يجوز في مدتها القبول أو الرفض . والرأي المعمول به أنه إذا مضى ثلاثون سنة ولم يقبل أو يرفض الوارث سقط حقه في الميراث نفسه لافي القبول ولا في الرفض ؛ بل يصبح أجنبيًّا من التركة .

قبول الميراث بلا شرط ولا قيد :

وقبول الميراث بلا شرط ولا قيد هو أن يتعهد الوارث باستمرار شخصية المورث مع قبول تركته بمالها وما عليها . وقبول الميراث يكون صراحة أو ضمنًا ، وقد يفرض قبول التركة على الوارث فرضًا كعقاب له لإخفاء بعض أو كل أعيان التركة . والقبول الصريح يجب أن يكون بإشهاد رسمي أو بمكتوب عرفي . والقبول الضمني هو أن يعمل عملًا لا يصدر إلا من وارث ، ولا يحق لغير الوارث أن يعمله ، كالتنازل عن ميراثه للغير سواء بعوض كبيع أو بدونه كهبة ، وكل عمل يعمله الوارث من شأنه المحافظة على التركة لايعد قبولًا ضمنيًّا .

وكل وارث يخفي شيئًا من أعيان التركة لإلحاق الضرر بالتركة أو بالورثة يسقط حقه في جواز الاختيار أو رفض الميراث عقابًا له ، ويكون قد اعتبر قابلًا للميراث بلا قيد ولا شرط ، بل ويحرم أيضًا من حقه في هذا الشيء الذي أخفاه عقابًا له .

مميزات القبول :

1 - القبول يكون اختياريًّا : بمعنى أن قبول الميراث يجب أن يكون بمحض إرادة الوارث لا أن يكون الميراث ضروريًّا كالقانون الروماني .

2 - القبول يكون مجردًا من كل قيد ولا شرط : فالقبول يرجع للماضي بمعنى أن أثره ينسحب إلى يوم استحقاق الميراث ؛ لأن قبول الميراث تأكيد لدخول ملكية الأعيان الموروثة في أملاك الوارث القابل ، ولا رجوع فيه . بمعنى أن الوارث متى قبل الميراث لم يكن له حق الرجوع في هذا القبول ؛ لأن حقوق دائني المتوفى قد تعلقت به فلا يملك الرجوع .

إلغاء القبول :

يصح إلغاء القبول قانونًا إذا حصل نقص في أهلية القابل للميراث ، أو عيبٌ في إبداء إرادته كاملة حرة . وتطبق القواعد العامة في عدم الأهلية لقبول الميراث . والإكراه على قبول الميراث والغش سببان لإلغاء قبوله .

والغبن الفاحش في الميراث يعطي الوارث حق إبطال قبوله ، وذلك كمن وجد الميراث ناقصًا إلى النصف بسبب وصية ظهرت ما كان يعلمها وقت القبول ، ولكى يكون للوارث الحق في إلغاء قبوله لوجود الغبن الفاحش يجب :

(1) أن يكون الشخص القابل مكلفًا قانونًا؛ لأن القاصر له الحق قانونًا وعلى أي حال في إلغاء قبوله لأقل غبن .

(2) يجب أن يكون قد ظهر نقص في التركة المقبولة أكثر من النصف في صافيها .

(3) يجب أن يكون النقص ناتجًا عن ظهور وصية كانت مجهولة للوارث وقت القبول . على أنه لا إلغاء إذا كان سبب النقص ظهور دين أو تمليك من المتوفى قبل وفاته .

(4) يجب إثبات الضرر الذى حصل إلى الوارث بسبب ظهور الوصية اللاحقة التي ما علم بها وقت القبول .

نتائج القبول :

ينتج القبول ثلاث نتائج :

أولًا : تثبيت ملكية الأعيان الموروثة إلى الوارث الذي قبل بلا شرط ولا قيد نهائيًا بلا رجعة ؛ فيمكن الوارث التصرف نهائيًا كما يرى في أعيان التركة بلا رجوع للقضاء ولا عمل أي إجراء آخر شكلي .

ثانيًا : القبول بمزج أملاك المتوفى بأملاك الوارث ، ويجعل الوارث شخص المتوفى مستمرًا ، فلدائني المتوفى ولدائني الوارث الحق في حجز الأعيان الشخصية والموروثة لاستيفاء ديونهم بلا تفرقة بينهما ، والحقوق التي كانت بين الوراث والمتوفى تتلاشى بطريق المزج ؛ لأن الدائن لا يصبح مدينًا وتبقى له الصفتان في

شيء واحد .

ثالثًا : دفع ديون التركة .

رابعًا : جواز فصل أموال التركة عن أموال الوارث كطلب دائني المورث ، كما إذا كان المتوفى له أكثر مما عليه وكان الوارث عليه أكثر مما له ، فإن اختلط مال الميراث بمال الوارث تنازع دائنو الوارث ، وهو لا يمكنه دفع كل ديونه من ماله الخاص ودائنو المورِّث الذين يمكنهم استيفاء حقهم جميعه من التركة ؛ لأن رأس المال يزيد عن الدين ، فيجوز حينئذ لدائني المورث طلب فصل أعيان التركة عن مال الوراث حتى يستوفوا حقوقهم .

فإن كان الوارث عليه دين قليل والتركة عليها دين كثير وقبل الوراث بلا شرط ولا قيد فليس لدائني الوارث طلب فصل المالين ، وإنما لهم فقط دفع الضرر عن أنفسهم بطلب بطلان قبول الميراث (دعوى بولين) ؛ لأنه يجعل دائني المورث شركاء لهم في مال الوارث بعد القبول ؛ فلا ينالون كل حقوقهم بل بعضها .

قبول الميراث بشرط الحصر :

وهو حق قانوني للوارث أن ينتفع به من غير أن يتحمل دفع ديون التركة بلا مقابل ، وهذا الحق كان في القانون الروماني فكان يمنح للوارث بمكتوب نظير مبلغ يدفعه .

شكل قبول الميراث بشرط الحصر :

يشترط لقبول الميراث بشرط الحصر ما يأتي :

أولًا - إشهاد أمام قلم كتاب المحكمة : يجب على الوارث عمل إشهاد يسجل في سجل خاص بالتنازل عن الميراث في محكمة أول درجة المدنية التى في دائرتها محل التركة ، يعلن فيه أنه لا يقبل التركة إلا بشرط الحصر .

ثانيًا : يجب على هذا الوارث عمل محضر تحصر فيه أعيان التركة بمعرفة مسجل العقود ، وذلك في مدة ثلاثة أشهر ، وله أجل الاختيار أربعون يومًا ما لم يكن عوقب بأنه وارث بلا قيد ولا شرط .

نتائج قبول الميراث بشرط الحصر :

ينتفع الوارث بالحصر في موضعين :

أولًا : عدم ملزومية الوارث بدفع دين التركة أزيد من قيمة الميراث (يعني قيمة أعيان التركة) بمعنى أنه لا يدفع دينًا على تركة المتوفى إلا بمقدار ما حاز من أعيان الميراث ؛ فلا يجوز لدائني الورثة الحجز على أملاكه الخاصة نظير دينهم على التركة أيضًا إلا :

(1) إذا طلب دائنو التركة حسابًا عن إدارة أموال التركة ولم يقدمه .

(2) إذا تبين أن في ذمته باق للتركة .

(3) إذا ارتكب خطأ في إدارة أموال التركة وكان مسئولًا عنه .

ففي هذه الأحوال الثلاثة يجوز لدائني التركة الحجز على أملاك الوارث الشخصية لاستيفاء دينهم .

ثانيًا : عدم اختلاط أملاك الوارث الشخصية بأعيان التركة ، فليس للوارث استمرار وجود المورث . وينتج عن ذلك :

1 - أن حقوق المورث والتزاماته قِبَلَ الوارث ، وحقوق الوارث والتزاماته قِبَلَ المورث لا تتلاشى لعدم اختلاط الملكين .

2 - الوراث لا يضمن تصرف المورث ، فللوارث استعمال حقه الشخصي كراهن مثلًا على عين مباعة من المورث قبل وفاته ، وليس ضامنًا لخلو هذه العين من الحقوق العينية للغير .

3 - لا تحصل المقاصة بين دائن المتوفى المدين إلى الوارث ؛ لأن الدين والمديونية لم يجتمعا في يد واحدة .

إدارة أموال الميراث المقبول بشرط الحصر :

للوارث بشرط الحصر اعتباران : فهو وارث أولًا . يعني مالك أعيان التركة الموروثة . فله حق التصرف فيها كما يشاء . وهو ضامن الدين ثانيًا لدائني التركة في دائرة ضيقة محدودة بقيمة التركة ؛ فهو من هذه الناحية مدير للتركة مسئول إلى حد ما عن إدارته وتصرفاته ، لذلك يجب عليه تقديم حسابات عن ذلك .

وبين التركة المقبولة بعد الحصر وبين الإفلاس مشابهة في أن الوراث قبل الميراث مع الحصر مع علمه بأن ما على التركة أكثر مما لها ، ووكيل الدائنين يفرض أنه لا يمكنه سداد مطلوبهم كاملا ؛ لذلك كان كل واحد منهما يعمل على سداد الديون ما أمكن .

لكن الوراث يعمل في ملكه في حدود الضمان ووكيل الدائنين يعمل كمدير فقط ؛ فلو تجاوز الوارث حدد الإدارة فعمله صحيح ، ولكن يفرض القانون أن الوارث قَبِل الميراث بدون شرط ولاقيد ، ووكيل الدائنين مهمته تصفية مال المفلس ليعطى كل دائن حسب ما خصه ، ولكن الوارث ليس ملزمًا بتصفية التركة بل له حفظ أعيان التركة .

ابتداء سلطة الوارث :

ليس للوارث بيع أعيان التركة العقارية إلا بإذن المحكمة في حدود وأحكام بيع أملاك القاصر ، ويجوز له بيع المنقول الجسماني بوجود موظف عام وبالمزاد العلني بعد إعلان ولصق بدون إذن المحكمة ، ويجوز له بيع المنقول غير الجسماني بإذن المحكمة .

وقد منح القانون لدائني المورث طلب ضمان من الوارث عند بيعه المنقولات التي من التركة خوفًا من تبديدها ، فإن لم يقدمه الوارث وجب عليه إيداع الثمن في إحدى خزائن الحكومة .

ضمان الوارث :

الوارث الذي قَبِل الميراث بشرط الحصر يضمن في إدارته أعيان التركة الخطأ الفاحش الذي يرتكبه في إدارة الأملاك المذكورة ، والمحكمة تقدر الخطأ كما ترى . وعلى الوارث تقديم حساب عن إدارته لأعيان التركة إلى الدائنين والموصى لهم .

ويمكن تقديم الحساب بطريقة ودية بإمضاء عرفية ، فإن اختلفا فصلت المحكمة ، فإن لم يقدم الحساب جاز للدائنين حجز أملاكه الخاصة .

ويجوز للوارث ترك أعيان التركة للدائنين أو الموصى لهم ، ولهم الحق في تعيين خبير لتصفية التركة حينئذ [1] .

---

(1) انظر : البنود من 774 إلى 783 في الفصل الأول ، من الباب الخامس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 172 - 174 .

بند [24] قبول الوارث الميراث

التشريع الإسلامي : نظر المشرع الإسلامي إلى الميراث من نواح عدة وبنى أحكامه عليها :

أولًا : إن نتائج الالتزامات لا تتعدى غير ملتزمها إلا إذا كان المتعاقد متعاقدًا باسم غيره كالوكيل ، والوصي ، والقيم . فمتى تعاقد شخص فقد ألزم نفسه وماله الحاضر والمستقبل ، ولا يتعدى التزامه للغير إلا إذا كان ضامنًا [1] مثلًا ، ولا يزال الشخص مأخوذًا بالتزاماته حتى يموت . فإن مات انتقلت التزاماته على ما ترك من مال وتركة فقط ؛ فإن ترك ما يفي بالتزاماته كان بها وإلا فلا يلزم وارثه بذلك إلا إذا تبرع من تلقاء نفسه .

فلم يجعل المشرع الإسلامي استمرار شخص المتوفى مما يمكن أن يتحقق أبدًا . ومتى تبرع الوارث أو تعهد كان ابتداء عهد والتزام جديدين لا استمرارًا للتعهد الماضى . وقبول الوارث للتركة لا يجعله ملتزمًا بما التزم به مورثه إلا في حدود قيمة ما ورثه بالفعل ؛ فإن لم تف التركة بما التزمه المتوفى فلا يوجه الطلب إلى الوارث حتى ولو قبل الميراث بلا شرط ولا قيد ؛ لأن الالتزامات شخصية تتقيد بصاحبها وتتبع ماله بعد وفاته كما قلنا [2] .

ثانيًا : وضع المشرع الإسلامي الالتزامات الراجعة إلى تركة المتوفى بعد وفاته مباشرة في درجات بعضها مقدم على بعض ؛ بمعنى أن من له الأولوية في التقديم على الباقين يملك هذا الحق ، فإن استعمل حقه كان بها ، وإن لم يستعمل حقه وقبل أن يتركه للوارث على أن يسدده الوارث مثلًا ؛ فهذا التزام جديد لا دخل للتركة فيه ولا لأحكامها . مثلًا ترك الميت منزلًا مرهونًا برهن يستغرق ثمنه ، وترك ولديه وزوجته ، فالحكم الشرعي يقضي أن يباع المنزل المرهون ويدفع دين الرهن

---

(1) قاعدة : إذا تعاقد شخص فقد ألزم نفسه وماله الحاضر والمستقبل ، ولا يتعدى التزامه للغير إلا إذا كان ضامنًا .

(2) تناولت المادة 895 من القانون المدني المصري تقييد مسئولية الورثة عن الالتزامات المؤجلة الواقعة على التركة بما يخصهم من قيمتها ، ونصها : « 1 – إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال الدين المؤجل ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلًا لصافي حصته في الإرث .

2 – وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأمينًا كافيًا على عقار أو منقول ... » وهذه الأحكام مما يقبله الفقه الإسلامي في توزيع أموال التركة وديونها على الورثة بحسب حصصهم في الإرث ، مع توفير الضمانات اللازمة للدائنين . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

أولًا ، فلا ميراث للورثة إلا بعد سداد الدين [1] من هذه العين المرهونة . فلو تسامح المرتهن وترك المنزل المرهون تحت يد الورثة على أن يسددوا قيمة الرهن مثلًا على أقساط فهذا اتفاق جديد بين صاحب حق الأولوية والورثة ؛ فلا يخل هذا بالنظام الموضوع للوراثة من تقديم أصحاب الحقوق على الورثة ، ولا يقضى بتوريث الورثة عند عدم استعمال الراهن حقه فصاحب الحق الأول مقدم [2] وهو الذى قبل هذا الوضع فلا يجعل الورثة لهم حق في الميراث إطلاقًا [3] .

وهذا الأساس يطبق على أصحاب الحقوق المقدم بعضهم على بعض في الاختصاص بأعيان التركة أو بقيمتها كالرهن والدين والوصية .

ثالثًا : جعل المشرع الإسلامي الوفاة سبب الملك مباشرة بلا تخيير أو توقف ؛ بمعنى أنه بوفاة المورث قد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة كل واحد بنصيبه ، ولا يتوقف انتقال ملكية التركة إلى الورثة على القبول منهم أو على عدم القبول؛ لأن هذه أحكام عامة مقررة لحفظ النظم الاجتماعية [4] .

فمتى مات المورث عن تركة وورثة ولم يكن على التركة حُق مقرر للغير فقد ملك الورثة التركة بمجرد موت المورث ، فيجوز لكل واحد كل تصرفٍ في نصيبه

---

(1) قاعدة : لا ميراث للورثة إلا بعد سداد الدين .

(2) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على ما يأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت عليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون . ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح ... » والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث .

وغني عن البيان أن حق الرهن الذي تتحمل به أموال التركة ضمانًا للوفاء بحقوق دائنيها إنما ينصب على الأموال التي آلت إلى الوارث بطريق الإرث دون غيرها من أموال الوارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 .

(3) يقول الدردير : « يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون في دين فيقدم وجوبًا لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز » . الشرح الصغير جـ 4 ص 197 .

(4) مبدأ انتقال أموال التركة إلى الورثة فور وفاة المورث هو المبدأ السائد في الفقه والقضاء ، كما أنه رأي فريق من الفقه الإسلامي وهم أغلب الشافعية والحنابلة . وهو الرأي الذي يتفق مع القواعد العامة . حيث يتحقق الإرث فور الوفاة ، والإرث سبب التملك . والقاعدة أن الأسباب تترتب عليها نتائجها فور تحققها إلا إذا وجد ما يدعو إلى تراخي هذه النتائج . وليس هناك ما يدعو إلى هذا التراخي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 .

ولو لم يقبضه لأنه دخل في ملكه ؛ فيحجز على هذا النصيب دائن الوارث ويبيعه نظير دينه عليه ولو لم يقبضه ؛ فلو تنازل أحد الورثة أو لم يقبل الوراثة أحد منهم فقد تنازل عن ملكه فلا يغير هذا من نظام الوراثة ، ولا يقدم ، ولا يؤخر ، ولا يستحق محروم ، ولا يحرم مستحق . فمثلًا لو توفي شخص عن أمه وزوجته وأخ شقيق وأخ لأب ، فللأم السدس لوجود أخوين ، ولزوجته الربع وللأخ الشقيق الباقي وهو $\frac{7}{12}$ ولا شيء للأخ لأب ؛ لأن الأخ الشقيق حجبه [1] . فلو امتنع الأخ الشقيق عن قبول الميراث فلا يدعى الأخ لأب لأخذ نصيبه ؛ لأن تنازل وارث لا يغير وضعًا ، ولا تأخذ الأم الثلث لوجود أخ واحد وارث ؛ لأن الميراث حق تقرر ووضع وبني على أساس أن الوارث ملك نصيبه بمجرد وفاة الوارث وكفى . فتنازله عن نصيبه إن كان لشخص معين فهو هبة وعطية ، وإن كان امتناع أو ترك أخذه بيت المال ؛ لأنه يجمع المال الذي لا صاحب له ، أو الذي تركه صاحبه لا لشخص ولا لجهة معينة . فليس الورثة هم الذين ينظمون الميراث أو يرتبون أحكامه، ولكن أحكامه نظمت وما عليهم إلا القبول أو الترك .

إذن لا يتأتى قبول بلا شرط ولا قيد ؛ لأن الشرط والقيد ملحوظان قانونًا وهو أن التركة ضامنة للدين لا أزيد ولا أقل إلا أن يتبرع بقضاء ما زاد عن التركة [2] .

ولا يتأتى قبول بشرط الحصر؛ لأنه أمر مقرر وهو أن الالتزام لا يتعدى المورث فيما ترك فلا يتحمل الوارث دين التركة حتى ولو قبل بشرط الحصر أو بدون حصر إلا أن يتبرع اختيارًا .

ولا ينتج من رفض قبول الميراث شيء لا في الوراثة ولا في ترتيب الورثة ، وبعد الرفض يصبح مالًا لا مالك له ، فيدخل بيت المال للمصالح العامة إلا إذا عين شخصًا أو جهة فتصرف لها فهو المالك بالرغم من عدم قبوله الميراث .

فلو تنازع الوارث ودائنو المورث في عين بيد الوارث هل هي من تركة المتوفى فتحجز وتباع في دينه أم هي من أملاك الوارث الشخصية يعني الموروثة ؛ فلا حق لأحد عليها إلا دائنو الوراث نفسه فعلى دائن المورث إثبات ملكية المتوفى مدينه لما

(1) أجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب . بداية المجتهد (518/2) .

(2) قاعدة : التركة ضامنة للدين لا أزيد ولا أقل إلا أن يتبرع بقضاء ما زاد عن التركة .

يدعى [1] .

وهو وإن كانت العادة عدم عمل الحصر للتركة إلا إذا وجد قاصر أو عديم الأهلية فهو عمل يدعو للشقاق والنزاع والتقاضي بين الوارث وبين دائني المتوفى . وهو ما يؤسف له ؛ فيجب عمل حصر للتركة مطلقًا حسمًا للنزاع في المستقبل ، خصوصًا إذا كان المتوفى ممن لهم معاملات تجارية أو مديونيات مثلًا . وحبذا لو عمم هذا للحدِّ من مضايقات الدائنين للورثة بغير حق .

فالقاعدة العامة أن الوراثة مشروطة بعدم تعدي دين التركة قيمة التركة سواء قبل الوارث الميراث بلا شرط ولا قيد ، أم لا ، وسواء كان الوارث قاصرًا أوعديم الأهلية ، أو اتفق الورثة أو اختلفوا [2] ؛ وعلى ذلك فلا يكون الوارث ملزمًا بديون التركة مطلقًا إلا في حدود ما ورث ما لم يتبرع فهو حر فيما يفعل بماله الخاص [3] .

وبما أنه لا اختيار للوارث فلا مدة يختار فيها ؛ فللدائن مقاضاة الوارث عقب الوفاة مباشرة مادام وارثًا بشرط أن يكون في حدود قيمة التركة .

---

(1) تناولت المادة 883 من القانون المدني المصري وما بعدها موضوع جرد التركة ، وإلزام المصفي طبقًا لما جاء في المادة 887 بأن يودع قلم كتاب المحمكة خلال أربعة أشهر من تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها .
وهو ما تناولته المادة 1094 وما بعدها من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 393 .

(2) قاعدة : الوراثة مشروطة بعدم تعدي دين التركة قيمة التركة سواء قبل الوارث الميراث بلا شرط ولا قيد أم لا ، سواء كان الوارث قاصرًا أوعديم الأهلية ، أو اتفق الورثة أو اختلفوا .

(3) نصت المادة 907 من القانون المدني المصري على أنه : « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . وهو ما تناولته المادة 1116 من التقنين الأردني .

وفي الفقة الإسلامي نصت المادة 1092 من المجلة على ما يأتي : « كما أن أعيان مال المتوفى المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم ، كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص مشتركًا بينهم على حسب حصصهم » . ونصت المادة 1123 من المجلة العدلية على ما يأتي : « كون المقسوم عينا شرط . فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض . مثلًا إذا كان للمتوفى ديون في ذمة أشخاص متعددين واقتسمتها الورثة على أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث ، وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث ؛ فلا يصح . وفي هذه الصورة مهما حصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر » .

غير أنه يلاحظ أن اتفاق الورثة عند القسمة على أن يختص أحدهم بدين للتركة يتضمن حوالة حق من جانب الورثة لهذا الوارث بالنسبة إلى أنصبائهم في الدين الذي للتركة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 399 .

وبما أنه بالوفاة انتقلت ملكية التركة للورثة ما دام لا يوجد حق للغير فلا يكون هناك قبول صراحة ولا ضمنًا ؛ لأننا إذا اعتبرنا التركة الموروثة ملكًا للورثة من لحظة الوفاة فلا يتأتى القبول لا صراحة ولا ضمنًا ؛ لأن القانون فرض الملكية للوارث .

وافتيات أحد الورثة على الباقين باختلاس بعض أعيان التركة أو كلها لا يقتضي حرمانًا من الميراث ، على أساس أن الغنم أساس الغرم فلا يغرَّم أزيد مما ورث إلا إذا تبرع .

الميراث يدخل في ملك المستحق بمجرد وفاة المورث [1] ، ولا يتوقف على قبول ولا غيره ؛ بمعنى أن الوراث متى كان مستحقًّا للميراث عقب الوفاة فقد تعلق حق الدائنين للوارث فيما ورث ، ولا يتحقق إكراه ولا غش في قبول الميراث أو في الرجوع فيه فإن ورث أقل مما يستحق طالب بالباقي مع مراعاة القاعدة العامة (أنه لا يدفع دينًا أزيد مما ورث) .

وبما أن نصيب الوارث من التركة يدخل في ملكيته بمجرد الوفاة فلا يحتاج إلى تثبيت ملكية أخرى فله جميع التصرفات بلا استثناء في نصيبه من التركة من وقت الوفاة بلا عمل أي إجراء آخر .

وبمجرد الوفاة امتزجت أملاك المتوفى بأملاك الوارث أو بما يستحق من التركة ، وأصبح المالك هو الوارث فلا استمرار لشخصية المتوفى ؛ لأنه على كل حال لا يدفع الوارث من ديون التركة إلا بمقدار ما ورث ، والحقوق التي كانت بين المتوفى والوارث تتلاشى إذا حاز الوارث كل التركة ، فإن حاز بعض التركة تلاشت الحقوق المقابلة بقدر هذه الحصة ، ويبقى باقي التركة نظير الباقي في الالتزامات .

فصل أموال التركة عن أموال الوارث [2] :

هذا الفصل يتأتى أن يفيد دائني الوارث إذا كانت التركة مثقلة بالديون ، أو يفيد دائني المورث .

ولكن أساس التوريث في التشريع الإسلامي مبني على فصل المالين ؛ فلا داعي إذًا

---

(1) يقول ابن عسكر عن شروط الإرث الناقل للملكية : « وشروطه ثلاثة : تقدم موت المورث ، واستقرار حياة الوارث بعده ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث » . إرشاد السالك ص 134 .

(2) القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي هي استقلال ذمة الوارث عن ذمة مورثه ، عملًا بقاعدة مسئولية كل إنسان عن فعله هو لا عن فعل غيره ، مما أوضحه القرآن الكريم بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ . ولهذا فإن الوارث غير مسئول عن دين مورثه .

لطلبه حيث إنه مبدأ مقرر يجب العمل به ، وعند حصول الخلاف في بعض أعيان التركة أو القيمة يفصل القضاء في أنها من التركة أو من مال الوارث الخاص .

قبول الميراث بشرط الحصر هو الأساس ، ولا يحتاج إلى شكل خاص ولا إعلان فهو مفروض قانونًا بلا نص عليه ، وحينئذ فلا يدفع الوارث دينًا أزيد من التركة التي ورثها ولا يجوز لدائني المورث الحجز على أملاك الوارث الخاصة نظير دينهم على مدينهم المتوفى إلا في حدود قيمة التركة . وتبقى التزامات المتوفى قِبَل الوارث فيما قابل الدين ، وتحصل المقاصة فيما بقي للوارث وما نابه من التركة ، فله المحاصصة كدائن مادام لم يبق له شيء من التركة .

إدارة أعيان التركة :

حق الدائنين المرتهنين وغير المرتهنين مقدم على حق الوارث ؛ فليس للوارث أي حق في أعيان التركة المدينة لا في الإدارة ولا في غيرها ، إلا برضاء أصحاب الحقوق حسب اتفاقهم معه ، فإن قبلوا إدارته كان وكيلًا حتى تصفى . وإن قبلوا تركها له نظير تعهده بدفع دينهم كان بيعًا بين الدائنين والورثة . وعلى كل حال فهو أجنبي من التركة إلا إذا شاء الدائنون إشراكه فلهم الحق [1] .

سلطة الوارث :

بمجرد الوفاة جاز للوارث التصرف بما يتراءى له من أنواع التصرفات مادامت التركة لا دين عليها ، فإن كانت مدينة وتصرف فقد تصرف فيما لا يملك ؛ لأنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين [2] . فإن أذن له الدائنون فتصرفه صحيح وإلا فهو ضامن .

ويستوي في هذا التصرف العقار والمنقول الجسماني وغير الجسماني ، ويكون تصرف الوارث مأذونًا فيه متى دفع قيمة ما باع مثلًا . فإن لم يدفع القيمة فهو ضامن لها للدائنين ، فإن أتلف شيئًا من التركة المدينة المستغرقة فهو ضامن كأي

---

(1) عما يجب في تركة الميت بمجرد وفاته يقول الدردير : « ... فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا أي دينه الذي عليه لآدمي كان بضامن أم لا ؛ لأنه يحل بموت المضمون » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . الكافي لابن عبد البر ص 555 وما بعدها ، بداية المجتهد جـ 2 ص 338 وما بعدها .

(2) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الدين .

شخص أجنبي من التركة .

ومادام الوارث نائبًا عن الدائنين للتركة في إدارتها حسب اتفاقه معهم فعليه تقديم حساب عما تحت يده إلى من أنابوه .

ويجوز للدائنين طلب تصفية التركة المدينة بلا اتفاق مع أحد الورثة ، فيعين الحاكم من يصفيها من أهل الخبرة (1) .

بند [25] تصفية الميراث

القانون الفرنسي : تصفية الميراث هو العمل الذي به تدفع حقوق الدائنين أو الموصى لهم ، ويفرق القانون بين طبقات الدائنين كالآتي :

أولًا : الدائن المرتهن وهو المقدم ، فيعمل الوارث كوكيل لهم ، فيبيع العقار ، ويدفع إليهم الثمن حسب درجاتهم في تسجيل رهوناتهم إذا لم يف ثمن العقار بالدين . فإن وفى دفع للجميع .

ثانيًا – الدائن العرفي : يصح أن يكون الدائن العرفي قد عرَّف الوارث بدينه بطريق الإنذار أو رفع الدعوى أو أي طريق آخر ، ويجوز أن لا يكون ؛ فإن كان الوارث قد عرف عن دينه شيئًا فطريق سداد الديون يكون بطريقة نسبة دينه إلى مجموع الديون بمعرفة قاضي المحكمة . ويجب ملاحظة ما يأتي :

(1) دفع حق الدائنين قَبْلَ الموصى لهم ؛ لأنه لا يجوز لشخص مدين أن يهب مالم يؤد دينه .

(2) توزيع ثمن أعيان التركة بين الدائنين حسب دين كل واحد بالنسبة للمجموع .

(3) متى استوفى الدائنون كل حقوقهم ، وبقي شيء من ثمن أعيان التركة

---

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري حق الدائنين في مطالبة المحكمة بتعيين مصف للتركة ، ونصها : « إذا لم يعين المورث وصيًا لتركته ، وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأى موجبًا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وهو ما تناولته المادة 1087 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391/392 .

توزع بين الموصى لهم بنسبة استحقاق كل منهم .

فإن لم يتبع الوارث في تقسيم ثمن أعيان التركة هذه القواعد جاز لمن لحقه نقص في حقوقه أن يرجع عليه بقدر ما ناله من الضرر ، فضلًا عن طلب حقه ممن أخذ أكثر مما كان يجب أن يأخذه ، سواء الدائنون أو الموصى لهم في ذلك .

وفي حالة عدم تعريف الدائن أو الموصى لهم للوارث يدفع ثمن ما بيع أولًا فأولا لكل من يحضر مطالبًا ، حتى لا يبقى من ثمن أعيان التركة شيء .

فإن حضر بعد ذلك دائنون متأخرون فليس لهم أي حق قِبَلَ الوارث ؛ لأنه اتبع ما تقرر قانونًا ، كما أنه لاحق له قانونًا قِبَلَ الدائنين الذين استوفوا حقوقهم كاملة ؛ لأنهم لم ينالوا غير حقهم قانونًا ، ولكن لهم الحق في الرجوع على الموصى لهم الذين أخذوا قَبْلَهم ؛ لأنه لاوصية ولا عطية قبل دفع الدين ، ولأنهم أخذوا ما لايستحقون ما دام الدين لم يسدد . وحق الرجوع يدوم ثلاثة أعوام .

وليس للموصى لهم حق الرجوع فيما بينهم في هذه الحالة فمن أخذ حقه فأزيد فلا حق لمن لم يأخذ .

التنازل عن الميراث :

وهو عمل به يرفض الوارث المستحق ما يستحقه من الميراث ، ولا يفترض القانون التنازل حتى يصح أن يكون ضمنيًا ؛ بل يجب أن يكون صريحًا ومسجلًا أمام قلم كتاب المحكمة التي بدائرتها التركة في سجل خاص بذلك .

ويعتبر الوارث الذي تنازل عن ميراثه كأنه لم يكن وارثًا وليس لورثته تمثيله ، وينقل حقه إلى بقية الورثة من درجته ، فإن كان هو في درجة واحدة انتقل الميراث إلى الطبقة التي بعده ، والذي يستفيد منه هو الذى ينتفع بعدم وجود الوارث المتنازل ، فلو ترك المتوفى أخوين وأبًا وأمًا ، وتنازل أحد الأخوين ؛ أخذ أخوه نصيبه بقوة القانون ، ولا ينفع الأب ولا الأم .

ويجوز للوارث الذي تنازل الرجوع في تنازله بشرط أن لا يسقط حقه في قبول الميراث بمضي المدة ، وبشرط أن لا يأخذ الوارث المستحق نصيبه وإلا كان من الحق المتملك له فلا يؤخذ منه .

ويجوز إلغاء التنازل عن الميراث لوجود غش أو قهر في التنازل . ويجوز لدائني الوارث المتنازل إبطال تنازله متى حصل بغش ضياعًا لحقوقهم برفع دعوى (بولين) ، ويبطل التنازل لمصلحة ديونهم فقط ؛ بمعنى أن الوارث المتنازل لا يستفيد من هذا البطلان .

وراثة شاغرة :

إذا وجدت تركة ولم يتقدم لها وارث تعتبر التركة شاغرة ، والفرق بين التركة الشاغرة والتركة التي لا وارث لها أن الأولى تُرِكَتْ من مستحقيها ، والثانية ورثتها الحكومة .

ويشترط لوجود تركة شاغرة :

(1) أن يمر أجل الحصر ومدة الاختيار .

(2) عدم تقدم أحد بطلب ميراث هذه التركة .

(3) عدم وجود وارث واضع اليد قانونًا معروفًا أو لم يتنازل . وعمليًّا تعتبر التركة شاغرة متى تنازلت عنها الطبقة الأولى من الورثة ، ولِلَّذين لهم مصلحة أو النائب العام أن يطلبوا من المحكمة إعلان أن التركة شاغرة ، ومتى تم ذلك عينت المحكمة مديرًا لإدارتها ، وهذا المدير له وعليه نحو التركة كما للوارث الذي قبل الميراث بشرط الحصر . فقط يختلف عنه في :

(1) أن الوارث يعمل كمالك وما زاد عن إدارته لصالح الدائنين يحرمه من الانتفاع بشرط الحصر ، ولكن أعماله تكون صحيحة . وأما مدير التركة فما زاد عن إدارته يكون قابلًا للإلغاء .

(2) لا يتناول الوارث أجرًا على عمله ، ويتناول مدير التركة أجرًا على عمله . هذا ، وعليه إيداع ما حصَّله من ثمن أو ريع في إحدى خزائن الحكومة . ولا يلزم إحضار ضامن . وأما الوارث فيجوز له إبقاء ما حصله في يده مع تقديم ضامن .

(3) الوارث لا يضمن خطأه إلا إذا كان فاحشًا ، ولا يصدر عنه في أملاكه الخاصة ، ولكن مدير الشركة ضامن مطلقًا حتى الخطأ الخفيف [1] .

---

(1) انظر : البنود من 784 إلى 814 في الباب الخامس ، ومن 870 إلى 882 ، في الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 174 – 181 ، ص 193 – 196 .

بند [26] تصفية التركة

التشريع الإسلامي : إذا كانت التركة مدينة ومستغرقة بالدين فكأنه لا تركة؛ لأنه لا يبقى للورثة شيء ، فيجب - والحالة هذه - تصفيتها ، فإن كانت أعيانًا بيعت لسداد ديون المتوفى ، والذي يتولى البيع والسداد أحد ثلاثة الوارث متى قبل ذلك ؛ لأنه صاحب المصلحة الأولى في المحافظة على التركة لجواز أن يبقى له شيء ميراثًا من أثمان أعيانها .

فإن لم يقبل الوارث رفع الدائنون الأمر للحاكم فيعين مندوبه لتصفية التركة وتقسيم ما نَضَّ (صار نقدا) من ثمنها إليهم بنسبة ديونهم ، وإن كانوا متساويين في الدرجة . فإن عين المتوفى وصيًّا لتنفيذ وصيته أو لسداد ديونه فهو الذي يتولى ذلك [1] .

وليست ديون التركة في مرتبة واحدة فيجب تقديم بعضها على بعض فيخرج من التركة [2] :

أولًا : الحق الذى تعلق بعين كالمرهون (أو الدين الذي بِرَهْن) ولو أتى على كل التركة ؛ كما لو كانت كل التركة مرهونة في دين فتباع فيه ، ويدفع ثمنها بتمامه لرب الدين إن لم يزد عن دينه ، وإلا أخذ دينه فقط [3] .

---

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري وما بعدها موضوع تعيين مصف للتركة ، ونص هذه المادة : « إذا لم يعين المورث وصيًّا لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها . عينت المحكمة ، إذا رأت موجبًا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره ، فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة . وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

والمادة تتفق مع المادة 1087 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 ، 392 .

(2) يقول الدردير : « الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة باستقراء الفقهاء . وأشار لها على الترتيب بقوله : يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين ، كمرهون في دين فيقدم وجوبًا ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون من كفن وغسل وحمل وغير ذلك بالمعروف بما يناسب حاله من فقر وغنى ، فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا ، فوصاياه من ثلث الباقي بعد ما تقدم ، ثم الباقي يكون لوارثه . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(3) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على ما يأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » . وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت وعليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون . ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح .. » انظر : المذكرة الإيضاحية ص 391 .

ثانيًا : مؤن تجهيز المورث من كفن ، وغسل ، وحمل ، وحفر فقط بالمعروف . وضمن من أسرف [1] .

ثالثًا : قضاء ديونه العرفية (التي ليست برهن) من رأس مال التركة ، كانت الديون بضامن أم لا ، حالة أو مؤجلة ؛ لأنها تحل بموته .

رابعًا : إخراج وصاياه من ثلث الباقي [2] .

والذي يبقى بعد ذلك يكون تركة يقسم بين الورثة المستحقين للميراث [3] .

ويلاحظ في هذا الترتيب أن الدين الذي برهن مقدم على كل شيء حتى على مؤن الكفن والدفن ، وأن مؤن تجهيز المورث مقدمة على الدين الذى لا رهن فيه ، والديون التي لا رهن فيها مقدمة على الوصايا والعطايا والهبة بعد الموت ، والوصايا تخرج من ثلث باقي التركة بعد ما تقدم ، والثلثان للورثة .

فإذا تقدم أحد هذه الطبقات على من يجب أن يسبقه فقد أخذ الذي لا يستحق فيجب عليه رده ؛ فإذا أخذ موصى له مبلغًا من التركة قبل سداد الديون ، ولم تكن في التركة بقية لاستغراقها وجب رد ما أخذه الموصى له لسداد دين المورث ، ويقضي القضاء بذلك عند عدم الإذعان بالحسنى .

وسداد ديون التركة يكون كاملًا متى وسعتها قيمة التركة ، فإن زادت الديون عن

---

(1) تناولت المادة 882 من القانون المدني المصري واجب المصفي في القيام « في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضًا أن يستصدر أمرًا من قاضي الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهي التصفية ، على أن تخصم النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الميراث » . وهو ما تناولته المادة 1093 من التقنين الأردني والمادة 962 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 393 .

(2) « يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف » طبقًا بنص المادة 898 مدني مصري ، وهو ما جاء كذلك في المادة 1108 مدني أردني ، والمادة 978 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية وهذا هو ما يتطلبه الفقه الإسلامي بإجماع علمائه على تأخير الوصية على الدَّيْن .

(3) جاء في المادتين 899 و 900 من القانون المدني المصري بيان حق الورثة في التركة ؛ فالمادة 899 تنص على ما يأتي : « بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة » .

والمادة 900 تنص على ما يأتي : « يسلم المصفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة » .

وهو ما جاء في المادتين 1109 ، 1110 من التقنين الأردني ، والمادة 979 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 398 .

قيمتها أخذ كل دائن بقيمة ما يخصه في التركة ، باعتبار نسبة دينه للديون الأخرى ، فلو كان الدين 300 جنيه لثلاثة أشخاص : أحدهم 100 جنيهًا ، والثاني 150 جنيهًا ، والثالث 50 جنيهًا ، وكانت قيمة التركة 150 جنيه أخذ صاحب المائة 50 جنيهًا ، وأخذ صاحب المائة وخمسين 75 جنيهًا ، وأخذ صاحب الخمسين خمسة وعشرين جنيهًا .

التنازل عن الميراث : ليس في التشريع الإسلامي تنازل عن الميراث بالمعنى المفهوم في التشريع الوضعي ، وإنما هو ترك لحق تعلق بالوارث . وليس بهذا الترك تزول صفة الوراثة فهي باقية رغمًا عن هذا الترك .

ولا يترتب على هذا الترك حرمان ولا إعطاء ولا استحقاق لوارث آخر مثلًا ؛ فلا يستفيد منه أحد ولا يضر أحدًا ؛ لأن صفة الوراثة واستحقاق الميراث حق مقرر وصفة ثابتة للوارث بمجرد وفاة المورث ، كما سبق تحقيق ذلك .

فإن تنازل هذا الوارث لشخص معين نظير عوض كان بيعًا أو بدلًا ، وتجري عليه أحكام العقود العامة (بيع أو بدل) ، وإن كان التنازل لشخص معين بلا مقابل كان هبة . وينطبق عليها شروط الهبة في الواهب والموهوب له . وإن تنازل لا لشخص معين ولا للورثة فهو مال لا صاحب له ، ومحله بيت المال ؛ لأنه مال لا صاحب له من الأموال أيًا كانت .

وكل هذا يصح أن يقال إذا كان هناك تركة موروثة لا دين عليها ، وكان هذا الشخص وارثًا حقيقة . فإن كان هناك تركة ولكنها مدينة ومستغرقة بالدين فلا يقال إن الوارث تنازل عن ميراثه ؛ لأن الميراث فرع وجود التركة ، فلا تركة إلا بعد سداد الدين ، فلا ميراث [1] .

والوراثة الشاغرة – وهي التي لا وارث لها – محلها بيت المال؛ لأنه وارث من لا وارث له فيديرها بواسطة عماله ، ويسدد ما عليها من ديون ، وصافيها يصرف في مصالح الأمة . ومن يتولى إدارتها وتصفيتها مسئول عن عمله خطأ أو صوابا [2] .

---

(1) يقول الدردير : « فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا أي دينه الذي عليه لآدمي كان بضامن أم لا » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 .

(2) تضمنت المادة 23 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية قاعدة إسناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها وتقع أعيانها في مصر ، حيث تقضي بأيلولة التركة إلى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالًا لا مالك له . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 7 ، 8 .

بند [27] علاقات الورثة والغير

القانون الفرنسي : علاقات الورثة ودائني المتوفى :

سيبحث في هذا الباب المسائل الآتية :

أولا : واجبات الورثة ، يجب على الورثة أداء الديون التي ترتبت في ذمة المتوفى وقت الوفاة أيًا كان سببها . ويجب عليهم بعض الديون التي ترتبت بعد وفاته بسبب الوفاة كتكاليف الدفن والحصر والتصفية . ويجب عليهم دفع ما أوصى به المتوفى في حدود القانون . والذي يجب عليه السداد هم : الورثة الشرعيون والطبيعيون ، الورثة غير النظاميين ، الورثة فوق العادة : كالأصول الواهبين والمتبنين ، والموصى لهم العامون أو بعنوان عام ، والمعطى لهم أملاك مستقبلة . وأما الموصى لهم الخاصون فلا يلزمهم شيء من أداء الدين .

وأداء الديون المذكورة مفروض في الورثة الذين لم يشترطوا الحصر فيؤدي :

1 - الورثة الشرعيون والطبيعيون : يفرض القانون استمرار المتوفى وهم بدله ، فيدفعون الديون عن التركة كما يدفعون ديونهم الشخصية حتى عن أملاكهم الخاصة .

2 - الورثة غير النظاميين : في أدائهم دين التركة خلاف . والرأي الغالب أنهم يؤدون ما يعادل قيمة ما يرثون فقط ، فالقانون يفرضهم ورثة فقط ، وهم لا يمثلون استمرار المتوفى المدين كالقسم السابق . وقد جرى العمل قضاء على ذلك . وقد اتفق الجميع على أن الحكومة إذا كانت وارثة فلا تدفع إلا مقدار قيمة التركة إلى الدائنين .

ويتحمل كل وارث في التركة من الدين بمقدار ما يأخذه من التركة .

للدائنين الحق في تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ الصادرة ضد المتوفى بشرط أن تعلن أولًا إلى شخص الورثة أو في محال إقامتهم ، وأن يمضي ثمانية أيام .

وعلى الورثة عند رفع الأمر للقضاء رفع الدعوى ضد الوارث بما يخصه فقط إلا :

1 - إذا كان الدين لا يقبل القسمة لا قضاء ولا طبيعيًا فترفع الدعوى بكل الدين على أي وارث يختاره الدائن .

2 - لو كان الدين نظير رهن عين من التركة فترفع الدعوى على من وقعت في حصته العين المرهونة نظير كل الدين لا بما يخصه هو من الدين .

3 - يجوز للمتوفى حال حياته تخصيص أحد الورثة بدفع الديون ، فليس إذن لدائني المتوفى رفع دعوى ضد بقية الورثة غير هذا الوارث .

ثانيًا - تفرقة الأموال :

يجوز أن تكون تركة المتوفى مستغرقة بالديون ، كما يجوز أن يكون ما عليها أقل بكثير مما لها . وكذا يجوز أن يكون الوارث لا دين عليه وأن يكون مثقلًا بالديون . فمتى قبل التركة بلا شرط ولا قيد اختلط الميراث بأملاكه الخاصة ؛ ففي حالة مديونية الوارث المستغرقة وعدم وجود دين على التركة التي ورثها يستغرقها يلحق دائني المتوفى ضرر فلا يستوفون كل ديونهم ؛ لأنهم سيشاركهم دائنو الوارث ، فإذا كان على التركة 500 ج وهي تساوي 600 ج ، وعلى الوارث 400 ج ، وملكه الشخصي = 100 جنيه فلو ضم الميراث على الملكية الشخصية لكان الدين المطلوب 900 ج ورأس المال 700 ج ؛ ولذلك منعًا للضرر منح القانون حق طلب تفرقة أموال التركة الموروثة على أملاك الوارث الشخصية إلى دائني التركة ، لكن هذه التفرقة تكون مفيدة إذا لم يقبل الوارث الميراث بشرط الحصر ، فيكون هناك تفرقة قانونية بدون طلب . وهذه التفرقة كانت في القانون الروماني .

وتفرقة الأموال تكون بناء على طلب دائني المتوفى والموصى له ، ولا يجوز لدائني الوارث الشخصيين طلب تفرقة الأموال في حالة استغراق التركة بالدين . فقط لهم استعمال دعوى (بولين) متى ثبت أن الوارث استعمل الغش وألحق بدائنيه ضررًا . والتفرقة في الأموال ليست ضد الوارث بل ضد دائنيه بحيث لا يتقاضون ديونهم من التركة الموروثة التي يجب أن تكون وقفًا على قضاء دين المتوفى فقط .

شروط استعمال هذا الحق :

لا يلزم لاستعمال هذا الحق تقديم طلب للقضاء ؛ لأن هذا حقهم القانوني فهم يعارضون به دائني الوارث الشخصي حينما يتعدون إلى أعيان التركة فيكونون

مقدمين في الدفع عنهم .

فإذا لم يكن دائنو الوارث الشخصيين غير معروفين ، وخشي دائنو التركة أو الموصى لهم أن يحصل اختلاط بالفعل فلهم قانونًا اتخاذ طرق تحفظية بوضع الأختام وحصر التركة بالنسبة لأعيان التركة المنقولة . وأما العقار فيجب تسجيل هذا الفصل في سجل خاص بمكتب حفظ الرهونات في مدة الستة أشهر التالية لاستحقاق التركة .

ويسقط حق فصل المِلْكَين بالنسبة للمنقول بمضي ثلاث سنين . وأما بالنسبة للعقار ففيه خلاف . هل يسقط بتمليك العقار أو هو حق عيني للدائنين أو الموصى لهم في التركة يتبع العقار حيث كان لأنه امتياز لهم ؟

نتيجة تفريق المالين :

يعتبر القانون أن الوارث مدين لدائن التركة شخصيًا ، ولكن تفريق المالين جاء لمصلحة الدائن ؛ لأنه يفضله أولًا في دفع ديونه عن دائن الوارث الشخصي فقط .

فحق تفريق المالين شرع لصالح دائني التركة . لكن هذا لا يقضي بعدم تفرقة الدين على الورثة ، ومطالبة كل وارث بما يستحق نظير ما أخذ . فإذا أوفت التركة بكل ما عليها من دين فَبِها ، وإلا فلدائني التركة الحق في الرجوع على الوارث بالباقي فيزاحمون الدائنين الشخصيين للوارث ؛ لأن قبول الوارث للميراث بلا شرط ولا قيد هو حلول الوارث محل المتوفى شخصيًا ، فيصبح متعهدًا بما تعهد به فزاد ضمان وفاء ديون التركة .

والعلاقة بين دائني التركة بعد الوفاة كالعلاقة قبل الوفاة ، كل واحد منهم حر فيما يراه من حفظ حقوقه بدون إلحاق ضرر بالآخرين . والعلاقة بين الدائنين والموصى لهم أنه لا يدفع للموصى لهم شيء حتى يسدد الدين أولًا .

سقوط حق التفريق :

يسقط حق التفريق إذا لم يستعمل دائنو التركة هذا الحق مدة ثلاث سنين في المنقول ، أو إذا لم يسجل في العقار سقط هذا الحق ، وكذلك يسقط إذا اختلطت منقولات التركة بمنقولات الوارث الشخصية بحيث لا يمكن الفصل بينهما ،

وبتنازل الدائنين والموصى لهم صراحة عن هذا الحق .

ثالثًا : ادعاء الوراثة :

ادعاء الوراثة دعوى عينية بها يدعي شخص وراثته لآخر فيثبت صفته أمام القضاء طالبًا وضع يده على التركة .

ودعوى الوراثة تشبه دعوى الاسترداد ودعوى القسمة . فهي تشبه دعوى الاسترداد في أنها دعوى عينية ترفع قبل أي شخص ، ولكنها تختلف عنها في الآتي :

(1) دعوى الوراثة ينكر المدعى عليه على المدعي صفة وراثته من المتوفى . ودعوى الاسترداد يعترف المدعى عليه بصفة الوراثة ، ولكنه يدعي أنه هو المالك الحقيقي للشيء المتنازع فيه دون المسترد .

(2) في دعوى الاسترداد على المدعي إثبات ملكيته للشيء المتنازع عليه ، وفي الوراثة عليه إثبات أنه وارث وأن الشيء الذي في يد المدعى عليه المطلوب تسليمه إليه كان ضمن أعيان التركة .

وهي مثل دعوى القسمة في أنهما خاصتان بأشياء موروثة يراد تخصيصها ، ويختلفان في أن صفة المدعي في دعوى القسمة معترف بها ، وفي دعوى الوراثة منكرة . وفي أن دعوى القسمة لا تسقط بمضي المدة ، بينما دعوى الوراثة تسقط بمضي ثلاثين سنة .

ودعوى الوراثة تكون من كل شخص يدعي أنه وارث نظامي أو غير نظامي حتى ولو كان من طبقة محجوبة بطبقة قربى .

وليس للمدعى عليه رفع الدعوى ببعده عن المتوفى ووجود أقرب منه .

وترفع الدعوى ضد أي شخص واضع يده على كل أو بعض أعيان التركة حتى ولو موصى له بعنوان عام .

ونتيجة دعوى الوراثة ، أنه متى أثبت المدعي وراثته للمتوفى فعلى المدعى عليه رد ما تحت يده من أعيان التركة وما يتبعها وما نتج عنها من زيادات وتحسينات ، أيًا كان سببها . أما الثمرات فالمدعى عليه حسن النية يملكها إلى يوم رفع الدعوى ، ولا يلزم بردها . وسيىء النية يلزم بردها كلها حتى التي أهمل أخذها .

وأما هدم بعض التركة : فواضع اليد حَسَنُ النية لا يلزمه شيء إلا إذا استفاد من أنقاضه كهدم بيت فعليه رد ما استفاده بلا زيادة . وأما سيء النية فعليه التعويض ، حتى في حالة قوة قاهرة ، أو حصول شيء فوق الطاقة ، أو إهمال .

وما أنفقه واضع اليد : فله الرجوع به على مستحق الوراثة متى كان ضروريًّا لحفظ أعيان التركة . فإن كان الإنفاق نافعًا فقط فيرجع بما زاده الإنفاق على الأصل فقط .

وما تم من الأعمال من المدعى عليه قبل ثبوت الوراثة الحقيقية ففي الأعمال الإدارية المحضة مع غير الحسن النية تكون محترمة ، ويبقيها الوارث بلا فرق بين سوء وحسن نية المدعى عليه . وفي التمليك بلا عوض فللوارث الحق في استردادها من الغير في العقار . وأما في المنقول فتمنع منه (المادة 2279) ، ولكن للوارث الرجوع بالقيمة على المدعى عليه .وأما التمليك بعوض ففيه خلاف هل يكون ملغى في جميع الأحوال ، حتى ولو كان البائع والمشترى حسن النية ، أو متى كان المشترى حسن النية ، وكان المدعى عليه له صفة ظاهرة في أنه وارث فلا يلغى البيع ؟ .

سقوط الحق :

يسقط الحق في دعوى الوراثة بمضي ثلاثين سنة . وهذه الدعوى لسقوط الحق لا لتملك الوراثة ؛ لأن صفة الوراثة لا تتملك بوضع اليد ، وتبدأ المدة في الوارث الشرعي وغير الشرعي من يوم وضع أيديهم ، وفي الموصى له والأجنبي من يوم استحقاق الميراث .

وينتج عن ذلك أنه متى مضى الزمن المحدد فقد ملك واضع اليد أعيان التركة التي تحت يده إن كان وارثًا أو موصى له . فإن كان أجنبيًّا وتملك التركة بوضع اليد بلا حجة لمدة ثلاثين سنة فليس للوارث الحقيقي رفع دعوى الوراثة عليه لاسترداد هذه التركة . غير أن هذا الشخص الأجنبي لم يتملك صفة الوراثة بمضي المدة ، فلم يملك كل ما وجد في التركة جملة وتفصيلًا بمضي المدة المذكورة . فيمكن للوارث رفع دعوى استرداد لأعيان التركة أو لبعضها لسبب آخر ، متى كان لم يسقط الحق في ذلك بمضي المدة أيضًا [1] .

---

(1) انظر : البنود من 870 إلى 882 في الفصل الثالث ، من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 193 - 196 .

بند [28] علاقات الورثة والغير

التشريع الإسلامي :

علاقة الورثة ودائني المتوفى : واجبات الورثة : متى كانت التركة تحت أيدي الورثة وجب عليهم دفع ديون المتوفى بقدر التركة . ويصح مقاضاتهم بصفة كونهم ورثة ، كما يصح مقاضاتهم بصفة كونهم واضعي اليد على أعيان التركة . فإن لم تكن التركة تحت أيدي الورثة فلا يجب عليهم شيء ، وتعين إقامة وصي على التركة أو قيم من قبل القاضي يقاضِي ويقاضَى في دفع ديون التركة . ويصح رفع الدعوى على أحد الورثة أيضًا بصفته وارثًا ، وإن لم يرث بالفعل [1] .

ومعلوم أن نفقة الكفن والدفن وما يلزم لمواراة الجثة يجب إخراجها من التركة بعد سداد الديون ذات الرهون وقبل دفع الديون العادية التي بلا رهن [2] . ثم يجب إخراج الوصايا من ثلث الباقي بعد ذلك [3] .

وليس في التشريع الإسلامي ورثة نظاميون وغير نظاميين ، فكل من يصح أن يكون وارثًا قد نظمت أحكامه بما له وما عليه .

فجميع الورثة حتى بيت المال لا يأخذون ميراثًا إلا بعد سداد الديون التي برهن وديون الكفن والدفن والديون العادية والوصايا من الثلث الباقي . فالوصية بجزء شائع أو بشيء معين لا تخرج من ثلث التركة إلا بعد سداد ديون التركة . فلو ترك المتوفى تركته البالغ قيمتها مائة جنيه مصرية ، وترك أمه وزوجته وولده ،

---

(1) تقدمت الإشارة إلى وجوب الوفاء بالديون في الفقه الإسلامي قبل توزيع التركة ، وهو ما نصت عليه المادة 891 مدني مصري ، كما تقدم ذكر قاعدة الفصل بين ذمة المتوفى وذمة ورثته في الفقه الإسلامي حتى لا يضمنون من ديونه إلا بقدر ما يأخذون من أنصبائهم في حدود الحصة المقررة لكل واحد منهم .

(2) يبدأ من تركة الميت من رأس المال ، ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بذات ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون من كفن ، وغسل ، وحمل ، وغير ذلك بما يناسب حاله من فقر ، وغنى وضمن من أسرف . الشرح الصغير (193/4) ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 8 ص 308 ، 309 .

(3) تناولت المادة 882 من القانون المدني المصري وجوب قيام المصفي « في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته ... » وهو ما تناولته أيضًا المادة 1093 من التقنين الأردني والمادة 962 من المشروع المدني طبقًا للشريعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 393 .

وأوصى بعشرة جنيهات لزيد من الناس ، وعليه دين 30 جنيهًا مصريًّا ، وتكلف كفنه ودفنه 10 عشرة جنيهات فتخرج من التركة أولًا 30 جنيها قيمة دين المتوفى ، ثم تخرج 10 عشرة جنيهات مصرية قيمة الكفن والدفن ، والباقي وهو ستون جنيهًا تخرج من ثلثها وهو عشر 10 جنيهات مصرية قيمة الوصية ، وما بقي بعد ذلك وهو خمسون جنيهًا تُقسم بين الورثة للأم السدس ، وللزوجة الثمن ، والباقي للولد .

الديون تدفع من التركة التي تحت أيدي الورثة . فإن لم تكن تحت أيديهم فلا يلزم أحد بدفع شيء إلا أن يتبرع . وليس في التشريع الإسلامي تمثيل ؛ فمتى مات المتوفى انقطع وجوده إطلاقًا فلا يستمر وجوده بعد ذلك ولو قبل الوارث دفع ديونه ، وفي هذه الحالة يكون مؤديًا لما تعهد به المتوفى لا استمرارًا لحياةٍ ومعاملاتٍ قُطعت بالموت .

والقاعدة الشرعية التي لا نزاع فيها (أن الغرم قدر الغنم [1]) يعني أن الوارث ليس ملزمًا بأداء ديون المتوفى أزيد من نصيبه من التركة إلا إذا تبرع فهو حر ، ويعتبر هذا تعهدًا جديدًا لا علاقة له بالتركة ولا بأصل الالتزام .

ديون المتوفى :

إن كان الورثة كلهم بُلَّغًا رُشَّدًا ، ورأوا سند مديونية مورثهم صحيحًا ، وكانت التركة تحت أيديهم وجب عليهم قضاء هذا الدين . وإن كان في الورثة عديم أهلية كقاصر أو مجنون مثلًا فليس لهم دفع الدين عن المتوفى من التركة إلا إذا كان سند الدين رسميًّا لا شبهة فيه . فإن كان عرفيًّا ، أو كان يمكن أن يتطرق إليه الشك ، فيجب على ولي أمر عديم الأهلية عدم الدفع حتى يظهر القضاء وجوب الأداء .

ورفع الدعوى بدين المورث يكون في مواجهة الوارث بصفته ممثلًا للتركة ، وفي مواجهته بصفته واضعًا يده عليها كلًّا أو بعضًا ، وموضوعها يكون طلب الحكم بإثبات مديونية المتوفى وأن ذمته كانت مشغولة بهذا الالتزام (دينًا أو غيره) قبل أن يموت ، وطلب أمر الوارث أو واضع اليد بأداء ما يثبت في ذمة المتوفى مما تحت يده

---

(1) قاعدة : الغرم قدر الغنم .

من التركة ، فعلى المدعي إثبات أمرين بل ثلاثة :

أولًا : مديونية المتوفى إلى حين وفاته .

ثانيًا : أن المدعى عليه وارث .

ثالثًا : أن تحت يده ما يفي بهذا الالتزام ، أو في التركة ما يفي ، ومتى ادعى ذلك وأثبته قضى القاضي بملزومية الوارث بأداء مطلوب الدائن مما تحت يد الوارث من التركة المخلفة عن المورث [1] .

والوارث المدعى عليه يمثل الورثة جميعًا ؛ فالحكم عليه لدائني المورث حكم على جميع الورثة فيما تحت أيديهم من التركة ؛ فلا تصح المعارضة من الورثة الباقين بأن الحكم لم يكن في مواجهتهم ؛ لأن الحكم في الواقع حكم على المتوفى بمشغولية ذمته بهذا الالتزام المدعى به قبل وفاته ، والورثة في ذلك كلهم سواء ، والحكم بأداء ما يحكم به من التركة يسري على الجميع ؛ لأنه لا يتوجه لواحد بعينه في سداد دين التركة ؛ لأنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين [2] . واستيلاؤهم على شيء من التركة وهي مدينة يعتبر استيلاء على شيء لا يملكونه فيجب عليهم السداد مما تحت أيديهم ، فالحكم على واحد من الورثة حكم على الجميع .

هذا إذا لم تكن التركة قسمت أو كانت قسمت والدعوى على شيء معين (منزل أو حيوان مثلًا) تحت يد أحد الورثة فالدعوى توجه لأحد الورثة فيغني عن الجميع في الأول وفي الثاني توجه لمن تحت يده المدَّعَى به المعين ، وهو الذي لا يقبل التجزئة .

فإن كانت التركة قسمت أو كانت الدعوى بغير معين فلا يخلو الحال :

أولًا : لو بيعت سلعة من مال الميت بعد الموت أو قبله ، ثم استحقت تلك السلعة ، فإن المسْتَحَقَّ من يده يرجع على كل واحد من الغرماء أو من الورثة بالحصة التي كانت تنوبه في الحصاص فقط فلا يأخذ (أي الدائن) أحدًا عن أحد .

---

(1) سبقت الإشارة إلى ما جاء في المادة 891 مدني مصري من وجوب قيام المصفي « بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع . أما الديون التي نوزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيًا » . وهو ما تناولته كذلك المادة 1102 من التقنين الأردني ، والمادة 971 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 395 .

(2) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الدين .

ثانيًا : إذا قسم الغرماء مال المتوفى ، ثم طرأ عليهم غريم ، سواء علم به الغرماء أم لا ولم تعلم الورثة بالدين ، وليس الميت مشهورًا بالمداينة فإنه يرجع على كل من الغرماء بالحصة التي تنوبه لو كان حاضرًا ، فلا يأخذ (أي الدائن) مليئًا عن معدم ، ولا حاضرًا عن غائب ، ولا حيًّا عن ميت .

ثالثًا : إذا ظهر وارث على وارث أو موصى له على موصى له بعد قسمة التركة فيرجع على كل بما يخصه فلا يأخذ مليئًا عن معدم ، ولا حاضرًا عن غائب كما ذكر في (ثانيًا) قبْله .

رابعًا : إن اشتهر ميت بالدين أوعلم وارثه أووصيه ببعض الغرماء فتعدى الوارث أو الوصي ، و أقبض التركة لبعض الغرماء ، فإن الطارئ من الغرماء يرجع على الوارث ، أو على الوصي ، فيأخذ منه جميع حقه لتعديه بالقسم ، ثم يرجع الوارث أو الوصي على الغرماء الذين قبضوا أولًا بقدر ما أخذ هذا الطارئ منه .

أما إذا لم يعلم ولم يشتهر مورثه بالدين فإن الطارئ يرجع على الغرماء دون الوارث .

خامسًا : إذا اقتسم الورثة التركة ميراثًا ، ثم طرأ عليهم غريم – لا بقيد العلم والشهرة – فإنه يأخذ المليء عن المعدم والحاضرَ عن الغائب والحيَّ عن الميت بجميع حقه ما لم يجاوز دين الطارئ ما قبضه الوارث المليء ؛ لأن الوارث المليء يقول لهذا الغريم الطارئ : ليس لك عليّ رجوع إلا بقدر ما قبضته فقط ، وحينئذ يرجع هذا الطارئ ببقية دينه على بقية الورثة ، لأن الغريم مقدم على الوارث ؛ إذ لا ميراث إلا بعد وفاء الدين [1] ، وهذا في الوارث القابض فلا تفصيل هنا بين علم وعدمه أو اشتهار المتوفى بدين أو عدمه .

سادسًا : يشترط أن لا يكون الغريم الطارئ حاضرًا لقسمة التركة ، ساكتًا بلا عذر له من القيام بحقه ، وإلافلا يرجع بشيء على أحد ؛ لأنه قبل بقاء دينه ، ولم يبق من التركة ما يفي بدينه ، فإن بقي ما يفي بحقه لم يسقط حقه إذا حلف أنه ما ترك حقه [2] .

(1) قاعدة : لا ميراث إلا بعد وفاء الدين .

(2) القاعدة في الفقه الإسلامي أن ذمة الوارث مستقلة عن ذمة مورثه ، فلا يطالب الورث بما على المورث من دين إلا في حدود ما أخذه من التركة .

ويجوز للمتوفَّى تخصيص أحد الورثة أو أحد الأجانب عنه بالوفاء بديونه بعد موته . فإن قبل فيكون نوعًا من الوصية فيصح للدائنين مقاضاته لدفع ديون المتوفى . ويصح لكل دائن اتخاذ ما يراه من الطرق القضائية لحفظ حقه في التركة .

والدين الذي ثبت في ذمة المتوفى إما أن يكون سندًا عرفيًا ، أو إقرارًا رسميًا ، أو حكمًا . أما السند العرفي : فليس ملزمًا للورثة ما دام غير متفق عليه ، أو كان هناك قاصر ، إلا إذا اتصل به حكم بمديونية المتوفى . وأما الإقرار الرسمي فلا نزاع في حجيته إلا إذا ثبت خلافه . وأما الحكم فإن كان من درجة نهائية فقد حاز صفة الشيء المقضي فيه ، أو كان من درجة ابتدائية ومضت مدة المعارضة أو الاستئناف فيه فكذلك . وينفذ على الورثة في التركة فقط متى أعلنوا به . فإن مات المدين أثناء سير الدعوى أوقفت الدعوى ، وأعلنت ورثته لسماع الحكم في مواجهتهم على المتوفَّى مورثهم .

تفرقة أموال التركة عن أموال الوارث :

سبق بحث هذا الموضوع وتبين أن الميراث مبني على قواعد عامة منها تفرقة الأموال من غير طلب . يعني أن الوارث الذي يقبل الميراث من غير شرط ولا قيد لا يكون ملزمًا بأداء ديون التركة أزيد من التركة مطلقًا وعلى أي حال [1] .

ولنفس الوارث معارضة دائني التركة بذلك . ولدائني الوارث معارضة دائني المورث بذلك في أنه أولى باقتضاء دينه من مال مدينه وهو الوارث قبل دائني المورث الذين لا حق لهم قِبل الوارث إلا بقدر تركة مدينهم . فإن تبرع الوارث بسداد ديون مورثه فلا يصح تبرعه وهو مدين ؛ فالدين مقدم على التبرع فيقضي دينه الواجب أولًا ، فإن بقي شيء بعد ذلك قضى الدين الذي تبرع بسداده .

فهذه التفرقة مقررة شرعًا ومنها أخذ التشريع الوضعي أساسها .

ومعلوم أن قضاء الدين مقدم على الوصايا ؛ لأن الدين واجب ، والوصايا تبرع

---

(1) قاعدة : الوارث الذي يقبل الميراث من غير شرط ولا قيد لا يكون ملزمًا بأداء ديون التركة أزيد من التركة مطلقًا وعلى أي حال .

وهبة [1] ، ولا تكون إلا بعد أداء الواجب . فلا وصية إلا بعد سداد الدين [2] .

ادعاء الميراث :

متى اتفق الورثة فيما بينهم فلا تقاضي . وإن لم يتفقوا لا في الصفة ولا في قدر الفرض تعين الرجوع إلى القضاء .

فدعوى الميراث تكون من شخص أنكر بقية الورثة ، أو واضع اليد على أعيان التركة أنه وارث ، أو أنكروا قدر نصيبه الثلث أو السدس مثلًا . فموضوع دعوى إثبات الوراثة يشمل وفاة المورث ، وأن المدعي وارث له على صفة كذا - يعنى أنه ابنه أو أخوه أو عمه إلخ ، وأنه يستحق الميراث بالفعل ولم يمنعه مانع من الاستحقاق ، وأن نصيبه في التركة كذا وأن الميراث موجود بالفعل . والمقرر شرعًا أن القاضي لا يكلف غرماء الميت إثبات أن لا غريم غيرهم بخلاف الورثة ، فإن الحاكم لا يقسم عليهم التركة حتى يكلفهم ببينة تشهد بحصرهم ، وموت مورثهم ، ورتبتهم من الميت اتفاقًا ؛ لأن ذلك معلوم للجيران وأهل البلد فلا مشقة في إثباته .

ثم إنه يجب أن تكون شهادة البينة الشاهدة للورثة على نفي العلم (لا نعلم له وارثًا غير هذا أو هؤلاء) لا على القطع ؛ فلو قال : لا وارث له غير هذا قطعًا بطلت شهادته .

واستؤني بالقسم للتركة أن عرف المتوفى بالدين :

ومتى أثبت مدعي الوراثة دعواه حكم القاضي بالوفاة والوراثة واستحقاق المدعي نصيبه في التركة وقدره كذا ، وأمر المدعى عليه بأن يسلمه نصيبه في التركة المدعى به .

ويشترط في مدعي الوراثة أن يكون وارثًا بالفعل ، ليس محجوبًا بغيره ، أو منع من ميراثه مانع كقتل المورث مثلًا ؛ فلا يصح لأخ لأب يدعي الوراثة مع وجود الأخ الشقيق ، لأنه يحجبه عن استحقاق الميراث بالفعل . ولا يصح لقاتل أن

---

(1) قاعدة : قضاء الدين مقدم على الوصايا ؛ لأن الدين واجب والوصايا تبرع وهبة .

(2) بينت المادة 898 من القانون المدني المصري وجوب تسوية الديون قبل تنفيذ الوصايا ، وهو ما جاء في المادة 978 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 1108 مدني أردني ، ويتفق حكم المادة مع أحكام الفقه الإسلامي ، فهو تطبيق لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الدين » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

يطلب وراثته من المقتول متى ثبت أنه قاتل فعلًا [1] ، يعنى تُرْفَض دعواه . وللمدعى عليه دفع دعوى المدعي بأنه محجوب عن الميراث بكذا ، ومتى أثبت دفعه يحكم برفض دعوى المدعي ، وترفع الدعوى لإثبات الوراثة ضد خَصْم ، وهو إما وارث أو مغتصب لبعض أو لكل أعيان التركة .

ومتى ثبتت الوراثة وجب على المحكوم عليه تسليم ما تحت يده من نصيب الوارث . فإن كان مغتصبًا رد كل ما نتج عن العين التي كانت تحت يده من يوم اغتصابه . وإن كان غير مغتصب اتبعت القواعد العامة في الاستحقاق والاسترداد السابق شرحها ، وكذا حكم النفقات وفي جميع التصرفات .

سقوط الحق في دعوى الميراث :

في مذهب مالك لم يفرقوا بين دعوى الميراث وغيره إذا كان الحائز أجنبيًا غير شريك فقالوا : « وإن حاز أجنبي غير شريك عقارًا وتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات ولو هدمًا أو بناء ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته واستحقه الحائز [2] ، لقوله ﷺ : « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له » وفي المدونة : الحيازة كالبينة القاطعة لا يحتاج معها ليمين الحائز ، وهذا في محض حق الآدمي ، وأما الوقف فتسمع فيه البينة ولو طال الزمن [3] .

وتحديد الحيازة في العقار بالعشر سنين في المدونة ، وقال ابن رشد [4] وهو

---

(1) القاتل لا يرث المقتول ، تطبيقًا للأصل الشرعي القائل : « من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 167 .

(2) يقول الدردير : « وإن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا وتصرف فيه بهدم أو بناء ونحو ذلك ، ثم ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته التي أقامها على دعواه واستحقه الحائز » . الشرح الصغير جـ 4 ص 67 ، 68 ، 69 .

(3) الهدف هو العمل على حماية الوقف من التعدي عليه ، بكونه أكثر تعرضًا لذلك من الأموال المملوكة ملكية خاصة .

(4) هو الحفيد العلامة فيلسوف الوقت ، أبو الوليد محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكية أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي .

كان مولده قبل موت جده بشهر سنة عشرين وخمسمائة .

عرض « الموطأ » على أبيه . قال شيخ الشيوخ ابن حمويه : لما دخلت البلاد سألت عن ابن رشد ، فقيل : إنه مهجور في بيته من الخليفة يعقوب ومات محبوسًا بداره بمراكش في أواخر سنة أربع وتسعين وخمسمائة . =

المشهور في المذهب ولابن القاسم [1] في الموازية ما قارب العشر كتسع وثمان وقال مالك : يحد باجتهاد الحاكم .. اهـ .

وظاهر هذا عدم التفرقة بين الميراث وغيره في العقار متى كان الحائز أجنبيًّا . وحُكْمُ الشريك الأجنبي كذلك إن هدم أو بنى أو قطع الشجر مثلًا يعني فَعَلَ كثيرًا .

فشريك المتوفى شريك للورثة ، ووضع يده مدة عشر سنين مع فعل كثير يمنع سماع دعوى الميراث والبينة عليها .

وحكم القريب ونحوه كالموالي والأصهار شريكًا أو غير شريك ما زاد على أربعين سنة في العقار .

ومعنى هذا أن حيازة الوارث لمدة أربعين سنة نصيبَ أقاربه الوارثين معه تُسْقِطُ حق الوراثة ، بمعنى أنه لا تسمع الدعوى ولا البينة عليها .

وحكم الأب وابنه أنه لا حيازة بينهما إلا بعد الستين عامًّا ، كل هذا في العقار . وحكم المنقول أنه في القريب لابد من الزيادة على عشر . وفي الأجنبي ما زاد على ثلاث سنين .. إلخ . ما ذكر في الحيازة وهو وضع اليد فارجع إليه إن شئت . ومحل عدم سماع بينة المدعي ما لم يكن الحائز مشهورًا بالعداء والغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه [2] .

= وقال غيره : مات في صفر ، وقيل : ربيع الأول سنة خمس وتسعين وخمسمائة .

ترجمته :

- الذهبي في « العبر » 287/4 . - الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 451/15 .

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية ومفتيها ، أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام روى عن مالك ، وعبد الرحمن وابن شريح ... وغيرهم .

روى عنه أصبغ ، والحارث بن مسكين .. وغيرهم . وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم . كان يمتنع من جوائز السلطان ، قال النسائي : ثقة مأمون .

- توفي سنة 191 هـ .

ترجمته :

- الذهبي في الكاشف (160/2) .

- الذهبي في تذكرة الحفاظ (356/1) .

- الذهبي في الأعلام (73/8) .

(2) تقدم أن المادة 968 من القانون المدني المصري قد تناولت الحكم بملكية العقار أو المنقول أو الحق العيني =

وليس معنى عدم سماع دعوى الوارث وعدم قبول بينته بعد هذه المدة أن واضع اليد قد تملك صفة الوراثة ؛ لأن صفة الوراثة مستمدة من القرابة أو المصاهرة ، وإنما منع من الدعوى لعدم قلقلة الهيئة الاجتماعية فتحتم احترام وضع اليد على ما اصطلح عليه الناس لقطع النزاع الذي لو استمر لفتح باب التقاضي إلى ما لا نهاية له .

وأما صفة الوراثة فهي باقية لا تُنتزع من الوارث الحقيقي إطلاقًا ؛ لأنها صفة لصقت به منذ وفاة المورث إلى ما لا نهاية .

بند [29] الإخراج من الوراثة

القانون الفرنسي : الإخراج من الوراثة ، وهي الصفة التي منحها القانون إلى شخص وارث عند قسمة التركة باستبعاد شخص ليس بوارث تنازل له أحد الورثة عن نصيبه في التركة مع دفع ما دفعه من ثمن التنازل وما يتبعه .

وهذا راجع إلى القانون الروماني ، وتعليل ذلك أنه خرق للقانون العام في جواز التصرف في الملك تصرفًا مطلقًا ، ولكن القانون منع ذلك ؛ لأنه يجيز دخول أجنبي في العائلة ليطلع على أسرارها ويوجد نزاعًا وربحًا على حساب الغير ، لذلك منعه القانون بجواز إخراج من حل محل الوارث عند قسمة التركة مع دفع ما دفعه للوارث الأصلي . وهذا التشريع مضر جدًّا بالتصرف الشخصي خصوصًا إذا لم يجد الوارث من يشتري نصيبه من التركة .

شروط استعمال حق الإخراج من الميراث :

يشترط لاستعمال هذا الحق :

أولًا : التنازل عن حق الميراث ، بمعنى أنه يجب أن يكون التنازل نظير عوض ؛ فلو كان التنازل هبة فلا يستعمل هذا الحق . و يجب أن يكون التنازل عن حق

= للحائز الذي استمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة بالقيود والضوابط المتعلقة بذلك ، وهو ما تناولته كذلك المادة 1181 من التقنين الأردني ، والمادة 1158/1 من التقنين العراقي والمادة 935 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . وقد سبقت الإشارة إلى موافقة ذلك لما في الفقه المالكي ؛ ففي كتاب البهجة في شرح التحفة للتسولي 239/2 أن الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه ، وبأي سبب صار له ... وهو معنى قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك تقطع حجة المدعي . وهو ما ذكر خليل في قوله : إن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته . المختصر ص 272 . وهو ما جاء في مواهب الجليل 221/6 . ص 386 ، 388 .

الميراث كله أو بعضه .

ثانيًا : التنازل لغير وارث ، يعني لغير وارث كأجنبي أو قريب غير وارث بالفعل .

استعمال هذا الحق :

يستعمل هذا الحق الورثة الشرعيون ، والطبيعيون ، وغير النظاميين ، والموصى لهم بعنوان عام أو عمومًا .

و يجوز لأي وارث شخصيًا استعمال هذا الحق ويجوز لباقي الورثة مشاركته في النتيجة ، كلٌّ حسب نصيبه قبل استعماله لشخص بعينه .

ويجب لجواز استعمال هذا الحق دفعُ الثمن الذي دفعه المخرج مع فوائده وجميع ما أنفقه لإتمام هذا العمل ، فإن كان هذا الثمن مؤجلًا كله أو بعضه انتفع بذلك الوارث المخرج .

نتائج الإخراج من قسمة التركة :

طبيعة الإخراج هي حلول الوارث مكان هذا الدخيل في التركة فيأخذ عملية التنازل لحسابه . وينتج عن ذلك .

أولًا : يعتبر الوارث الذي حل محل الأجنبي أنه تلقى حقه من يوم التنازل من الوارث المتنازل لهذا الأجنبي ؛ فكل حق عيني رتبه هذا الأجنبي يعتبر لاغيًا ؛ لأنه مرتب في غير ما يملك .

ثانيًا : يحتفظ الوارث المتنازل بحقه في دفع ثمن التنازل قبل الأجنبي الذي تنازل له ، وليس له قبل الوارث الذي حل محل الأجنبي أي دعوى مباشرة .

بند [30] الإخراج من الوراثة

التشريع الإسلامي : الإخراج من التركة على وجهين [1] :

الأول : إخراج اتفاقي : وهو أن يتفق الورثة أو بعضهم على الحلول محل وارث نظير عوض ، و يسمى في العرف الشرعي تخارُج ، ويكون ذلك قبل القسمة . فإن كان بعد القسمة فهو بيع ولا شأن لنا به الآن ، ومتى تم التخارج اعتبر نصيب المتخارج له مع نصيبه في التركة قسم واحد ؛ فمن ترك أخوين شقيقين وزوجتين ،

---

(1) راجع مثلًا الشرح الصغير جـ 4 ص 237 وبداية المجتهد جـ 2 ص 340 وما بعدها . الكافي لابن عبد البر ص 570 .

وتخارجت إحدى الزوجتين لأحد الأخوين أخذت الزوجة الباقية نصف الربع وهو $\frac{1}{8}$ وأخذ الأخ المتخارج له نصف الثلاثة أرباع التركة $\frac{3}{8}$ زائدا نصف ربع الزوجة وهو $\frac{1}{8}$ وجملته $\frac{4}{8}$ أعنى نصف التركة ، وللأخ الثاني $\frac{3}{8}$ التركة .

ثانيًا : أخذ نصيب الوارث الذي باعه لغير وارث معه ممن اشتراه قضاء بطريق الشفعة إن كان عقارًا أو منقولًا ملحقًا بالعقار أو غير قابل للقسمة .

فمثلًا مات وترك ثلاثة أبناء ، وترك لهم 15 فدانًا فباع أحد الورثة الثلاثة نصيبه لغير واحد من إخوته يعني من أجنبي ؛ فلأخويه كل حسب نصيبه أو لأحدهما إن امتنع الآخر أخذ نصيب هذا البائع من المشتري قهرًا عنه بعد دفع الثمن الذي اشترى به وما يتبعه من أجر كاتب وقَيَّاس وأجرة سجل .. إلخ .

والأصل في ذلك حرية المالك في التصرف فيما ملك كما يشاء بشرط عدم الإضرار بالغير ، فيجوز للوارث التصرف فيما ورث بيعًا ورهنًا وهبة .. إلخ ، بشرط أن لا يلحق شركاءه من ذلك ضرر ، وإلا فيجبر المشتري من الوارث على التخلي عما اشتراه لمن طلب حق الشفعة من الورثة بالثمن الذي اشترى به .

والشفعة إنما تكون في العقار وما لحق به من المنقول ، وفي المنقول الذي لا ينقسم ؛ لأن ضرر المشاركة من الأجنبي أشد . وأما في المنقول الخالص فلا شفعة فيه ؛ لأنه يمكن التخلص من الشرك بلا عناء .

ولكن إذا نظرنا لناحية أخرى من هذا البيع لوجدناه ممنوعًا ؛ لأنه بيع ما فيه نزاع ، وبيع ما فيه نزاع فاسد . وإذا تم ورفع الأمر للقاضي حكم بفسخه . وحينئذ يلزم القاضي من تضرر من هذا البيع من الورثة بالمشتري بدلًا عن هذا الأجنبي ، فتأتي المسألة كالتشريع الوضعي . و الأصل في ذلك أن المشرع الإسلامي يعمل على حصر النزاع وعدم الاستطالة فيه حتى إنه منع قطعًا بيع ما فيه نزاع ويؤدب فاعله ؛ لأنه يسعى في قلة راحة الناس وعدم طمأنينتهم ، وفي إحلال الشقاق محل الوفاق ، ومذهب الإمام مالك رضي الله عنه مبني على سد الذرائع ومنع ما يضر بالناس في أمورهم الخاصة وأمورهم العامة ، تطبيقًا لقول الرسول الأعظم ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » [1] .

وشرط استعمال حق الشفعة من الوارث أو من غيره أن يكون الوارث تصرف

(1) أخرجه ابن ماجه في السنن حديث رقم 2340 ، 2341 ، أحمد في « المسند » 1/313 والبيهقي في « السنن الكبرى » 6/69 ، 70 .

في بعض أو كل نصيبه بعوض أو بغير عوض ؛ لأن الضرر الذي أراد المشرع إبعاده عن الورثة مثلًا من عدم تمكين شخص أجنبي بالدخول في التركة يحصل في التصرف بعوض كالبيع ، وفي التصرف بغير عوض كالهبة أو الوقف .

فقد نص الفقهاء على أنه إن اشترى شقصًا [1] فيه الشفعة ، وشفيعه غائب فتصدق به أو بنى به مسجدًا ؛ فللشفيع نقض ذلك وأخذه بالشفعة ، ويدفع قيمة الشقص الموهوب للموهوب له يوم الصفقة لا يوم الشفعة .

ويشترط أن يكون تصرف الوارث قد حصل لشخص غير وارث بالفعل وإلا فلا ضرر ؛ لأن المتصرف له وارث ، فلا ضرر .

استعمال هذا الحق :

الذي له استعمال هذا الحق الشركاء من ورثة أوغيرهم كالموصى لهم مثلًا .
واستعمال هذا الحق مرتب كالآتي :

أولًا : ورثةٌ مع شريك المورث : زيد شريك لعمر في منزل ، فمات عمر وترك ثلاثة أولاد ، فباع أحد الأولاد الثلاثة نصيبه لإبراهيم ، فلا حق لشريك المورث في الشفعة أولًا بل هي لأخوي البائع كل حسب نصيبه في تركة أبيهم ، فإن تنازل أحدهم أخذ الثاني نصيب البائع بالشفعة . فإن تركا حقهما أخذه شريك المورث بالشفعة .

ثانيًا : الورثة بعضهم مع بعض :

يقدم في حق الشفعة الشريك في السهم . يعني إن كان في الشركاء من له شرك أخص من غيره ممن له شرك أعم ، وذلك كأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب . ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث ، فكل صاحب شرك أخص فهو أشفع إلا أن يترك فيشفع صاحب الشرك الذي يليه أعني الذي هو أعم منه ، فإن ترك الآخر شفع من هو أبعد منه .

فلو ترك دارًا بينه وبين رجل ورثته عصبته فباع أحدهم حصته قبل القسمة

(1) الشِّقْص والشَّقيص : الطائفة من الشيء ، والقطعة من الأرض ، تقول : أعطاه شقصًا من ماله . قال الشافعي في باب الشفعة : فإن اشترى شقصًا من ذلك ، أراد بالشقص نصيبًا معلومًا غير مفروزٍ . (لسان العرب مادة شقص ص 2299 ، 2300) .

فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي ؛ لأنهم أهل مورث . فإن تركوا فللشريك الأخذ .

وإن ترك أختًا شقيقة وأختين لأب فباعت إحدى الأختين لأب نصيبها فالشفعة بين الشقيقة والتي للأب ، وإن باعت الشقيقة فاللواتي للأب أحق من العصبة .

وإذا ورثت الجدتان السدس فباعت إحداهما فالشفعة لصاحبتها دون ورثة الميت ؛ لأنهما أهل سهم واحد .

ثالثًا : الموصى لهم مع الورثة :

الموصى لهم أحق من الورثة في الشفعة فيما بينهم ؛ فمن أوصى لقوم بثلث حائطه (بستانه) أو سهم معلوم فباع بعضهم فشركاؤه أحق بالشفعة فيما باع من بقية الورثة . وقال ابن القاسم : للورثة الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام .

وملك الشفيع أو الوارث بحكم أو بدفع ثمن أو إشهاد .

ولكي يتم حق الوارث في أخذ الجزء المباع يجب عليه دفع الثمن الذي دفعه المشتري ، وأجرة كاتب ومساح ، ونقل تكليف مما تكلفه .

فإن أدى المبتاع أزيد من المتعارف بين الناس لم يلزم الشفيع سوى المعهود ، ويكون الدفع كما دفع المبتاع من حلول الثمن أو تأجيله : مثله إن كان مثليًا وقيمته إن كان قيميًا يوم الصفقة لا يوم القيام بالطلب بلا فوائد .

قال ابن القاسم وأشهب : فإن قَدِم الغائب وقد أخذ الحاضرُ الجميعَ دخلوا معه بقدر سهامهم . وإن أبى بعضهم الأخذ فللآخرين الشفعة بقدر حصتهم من حصص من أخذ ، لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء .

وقد أجمع مالك وأصحابه على أن عهدة الشفيع على المشتري . فإن تداولته أيد كثيرة أخذ الوارث الشفيع بأي بيع أراد ، وعهدته على من أخذ منه وعلى من بعده وللمأخوذ منه غلته .

وهذه نبذ مقتطفة من باب الشفعة من كتب المذهب ، وأكثرها فروعًا هو كتاب الحطاب المطبوع بمصر على ذمة سلطان مراكش مولاي عبد الحفيظ ، فمن أراد زيادة فليرجع إليه .

وبعد نقل ما تقدم من النصوص رأيت النص الآتي (قال ابن عرفة : قد نقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث) ، ويجوز أن معناه أنه لا شفعة في الميراث بين شريك المورث وورثته ؛ لأن نقل الحق من ملكية المورث إلى ورثته ليس جديدا على الشريك ؛ لأن ورثته مثله ؛ لأن جميع النصوص السابقة قد ورد التمثيل فيها بالوارث فليس معناه أنه لا شفعة بين الورثة إذا باع أحدهم لأجنبي قطعًا .

طبيعة الشفعة :

تمليك المشتري من الوارث أو الشريك مشروطا ضمنًا بشرط تنازل صاحب حق الشفعة عن حقه .

فتصرفات المشتري من الوارث موقوفة ؛ لأنها على ملك مشروط بشرط وهو تنازل صاحب حق الشفعة ، فلو تنازل صحت تصرفات المشتري . ولو استعمل حقه بطلت جميع التصرفات السابقة من المشتري . فيعتبر الشفيع من الورثة أو من الشركاء كأنه تلقى حقه من نفس الوارث أو الشريك ، لا من المشتري في التصرفات العينية . بمعنى أن تصرفات هذا المشتري قد صادفت ملك الغير فهي موقوفة وباطلة إن لم يجزها الشفيع . ولكن عهدة البيع من عين أو استحقاق يرجع بها الشفيع على من رجع عليه لا على الوارث البائع الأول ولا على الشريك البائع الأول ، والمرجوع عليه يرجع بدوره على من قَبله حتى تصل للوارث .

ولا علاقة بين الوارث البائع ولا الشفيع الوارث ؛ لأن الثمن المتفق عليه بين الوارث البائع وبين المشتري المشفوع منه هو بينهما فقط ، وتسقط الشفعة إن قاسم المشتري أو باع حصته منه ، أو سكت شهرين إن حضر العقد وإلا ففي تمام السنة [1] .

بند [31] العلاقات بين الورثة

القانون الفرنسي : متى تعدد الورثة المستحقون للوراثة وجد بينهم عدة مسائل يلزم بحثها كاستحضار هبة المتوفى لأحد الورثة حال الحياة ، أو كالوصية ، أو

---

(1) يقول الدردير : « الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة فللشريك أو وكيله جبرًا ولو ذميًا » . الشرح الصغير جـ 3 ص 254 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 256 .

الدين ، أو قسمة التركة .

أولاً : استحضار الهبات بين الأحياء : استحضار الهبات بين الأحياء هو جمع الأعيان التي وهبها المتوفى في حال حياته إلى أحد الورثة ، وضمها إلى جملة التركة متى أراد قسمة التركة مع بقية الورثة الآخرين . ويرجع هذا التشريع إلى القانون الروماني وإلى العوائد . وينبى هذا التشريع على الاعتبارات الآتية :

1 - لو أجزنا للموهوب له الوارث الاحتفاظ بالهبة بعد وفاة الواهب لجاز له أن يأخذ نصيبه في التركة كبقية الورثة مع الاحتفاظ بما وهب إليه فيكون متمايزًا عنهم فلا توجد مساواة ، وهو ما لا يقره القانون . فالمحافظة على المساواة بين الورثة توجب استرجاع الهبة لمجموع التركة وقسمتها كتركة .

2 - إن المورث حينما أعطى الوارث مفروض فيه أنه أعطاه حق التمتع فقط لا حق التمليك النهائي ، ولذلك يسمى تعجيل الميراث فهذا تنفيذ لإرادة المتوفى المقدرة هكذا .

الهبات التي تخضع إلى الاستحضار والضم لمجموع التركة :

القاعدة العامة أن كل هبة مباشرة أو غير مباشرة من المتوفى إلى أحد ورثته تكون خاضعة إلى الاستحضار .

والهبة المباشرة : هي ما تمت بإشهاد قانوني كانت نتيجته المباشرة تحقيق الهبة للموهوب له ، وهو يشمل الهبة أمام مسجل العقود .

الهبة التي تمت في عقد ترتيب أموال الزوجين :

ترتيب المهر حسب المادة 1573 هبة جزائية بلا مقابل . هبة من يد ليد (مناولة) .

والهبات غير المباشرة : هي ما كانت نتيجة لإشهاد قانوني غير إشهاد الهبة ، أو كان نتيجة لعقد بمقابل محدود ظاهر ويستعمل في :

1 - تنازل المتوفى عن دينه قبل الوارث في غير إفلاس الوارث (كونكردا) .

2 - دفع دين الوارث بمعرفة المتوفى .

3 - المبلغ الذي اشترى به محلاً تجاريًا أو صناعيًا ، أو أوجد به محلّ عمل للوارث .

4 – تنازل المتوفى لصالح الوارث عن ميراث أو وصية أو شركة أموال الزوجية .

5 – الفوائد التي عادت على الوارث المشتري من المورث بأقل من قيمته الحقيقية قاصدًا انتفاع الوارث بفرق الثمن .

المعافاة من رد الموهوب عند قسمة التركة :

معافاة الوارث من رد ما وُهِبَ إليه من المتوفى ترجع إلى سببين : القانون ، وإرادة المتوفى . فالمعافاة من رد الموهوب بنص القانون ما يأتي :

1 – مصاريف الأكل ، ومصاريف التعليم ، والمصاريف العادية لتجهيز الأولاد مدة التعليم ، وهدايا الزواج وما جرى العرف ببذله للأولاد .

2 – فوائد وثمار الأملاك المهداة لا ترد إلا من يوم استحقاق الميراث .

3 – الهبة التي أُعطيت للوارث الذي هو من أولاد المتوفى ، واحتفظ الواهب بثمارها أو رتب عليها معاشًا مدة الحياة .

4 – الفوائد الناتجة من عقد بين الوارث والمتوفى نظير عوض بنوع أنها لم تحدث عن نفس العقد ، ولكنها حدثت في ظروف لاحقة .

5 – فقد العين الموهوبة بقوة قاهرة تعفي من الرد .

والمعافاة من رد الموهوب بإرادة المتوفى : فيمكن للواهب المتوفى أن يعفي الموهوب له من رد الهبة عند القسمة بعد الوفاة ، وذلك بإظهار إرادته صريحًا ؛ لأن الرد مبني على افتراض أنه إرادة المتوفى .

والمعافاة من الرد يجب أن تكون في شكل إشهاد الهبة أو الوصية ، ويجوز أن تكون في نفس إشهاد الهبة أو الوصية أو في إشهاد منفصل عنهما .

من يجب لهم وعليهم الرد :

أولًا : من يجب عليهم الرد : يجب أن يجتمع شرطان فيمن يجب عليهم الرد :

1 – يجب أن يكون وارثًا شرعيًا ، أو غير نظامي من الأصول أو الفروع أو الحواشي ، قابلًا للميراث بدون قيد أو بشرط الحصر . والمعتبر كونه وارثًا وقت استحقاق التركة لا وقت الهبة . الوارث الذي رفض قبول الميراث لا يجب عليه رد

ما وهب له من المتوفى ولو كانت الهبة بعنوان تعجيل الميراث ؛ لأن الوارث المتنازل عن الميراث يعتبره القانون كأنه لم يكن وارثًا يومًا ما في الماضي .

2 - يجب كونه موهوبًا له من المتوفى مورثه ، فلا يجب الرد إلا لتركة المورث الواهب ؛ فإذا وهب شخصان شيئًا واحدًا في عمل واحد وجب على الموهوب له رد نصف الهبة المذكورة للتركة التي دعي للميراث منها فقط .

ومن وهب إلى زوجةِ أو ولدِ وارثه شيئًا ثم مات فلا يلزمِ الوارث رد هذه الهبة ؛ لأنه ليس موهوبًا له مباشرة .

فإن أعطى المورث إلى أب الوارث فإن استحق ولد الوارث الميراث بنفسه فلا يجب عليه رد ما وهبه المورث لأبيه . وإن استحق الميراث بتمثيله لأبيه الموهوب له وجب عليه الرد . فإن وهب المورث لولد الولد ، ثم مات الولد ، وترك أولاده الموهوب لهم مع أعمامهم إخوة أبيهم فعليهم الرد ؛ لأنهم وارثون موهوب لهم .

ثانيا : من يجب لهم الرد : لا يجب الرد إلا للورثة فقط فلا يجب ولا ينتفع به دائنو التركة ولا الموصى لهم . ويشمل الورثة الشرعيين وغير النظاميين فيفرض القانون تعدد الورثة في مسألة الرد ؛ فلو أن الوارث واحد لما وجب الرد .

وليس لدائني التركة الحجز على أعيان الهبة المردودة من الوارث للتركة في حالة عدم كفاية التركة المشروط فيها الحصر؛ لأن الهبة المردودة لم تدخل في ضمان ديون التركة ؛ لأنها كانت في أملاك الوارث الموهوب له ، فإن كان قبول الوارث للتركة بدون شرط أو قيد جاز لدائني التركة حجز الهبة المردودة ؛ لأن الوارث أصبح مدينًا شخصيًا بدين المورث ، فكل ما يملك أصبح ضامنًا لدين التركة ؛ فيجوز لدائني التركة حينئذ طلب رد الهبة بل وادعاء دعوة (أُبليك) .

وليس للموصى لهم - أيًا كانت نوع وصيتهم - طلب الرد ولا تنفيذ الوصية فيه؛ لأن الوصية تنفذ من التركة المخلفة وقت الوفاة ولم تكن الهبة منها . ولو صح هذا لفتح بابًا للواهب يصح الرجوع في هبته التي وهبها حال حياته ، وهي لا يصح الرجوع فيها .

كيفية الرد :

يختلف الرد حسب طبيعة الهبة من منقول أو عقار :

أولًا : رد العقار يجب أن يرد العقار بطبيعته بمعنى أن العقار الموهوب يوضع بجوار أعيان التركة المخلفة عن المتوفى فيصير جملة . واحدة . وحق الملكية التي اكتسبها الموهوب له على العقار الموهوب من يوم الهبة تلغى ، ويرجع إلغاؤها للماضي .

وينتج عن هذا أن الحقوق العينية التي رتبها الموهوب له على هذه العين الموهوبة كحق الارتفاق ، أو الرهن .. إلخ ، تلغى ، فإن وقع العقار المذكور في حصة الوارث الموهوب له المذكور ثبتت الحقوق المذكورة عليها وتأكدت . ولذلك أباح القانون لأصحاب الحقوق العينية المذكورة التدخل في القسمة خوفًا من الغش الذي ربما يحصل بين الورثة بجعل العقار المذكور في حصة أخرى غير حصة الموهوب له .

وتتحمل التركة النفقة الضرورية التي أنفقها الوارث الموهوب له كلها ، وما زاد في قيمة العقار من المصاريف النافعة . وللوارث الموهوب له حق حجز العقار تحت يده ، حتى يستلم ما أنفقه مما ذكر .

فإن فقدت الهبة أو تلفت كلها فلا رد عليه ما دام ذلك خارجًا عن طاقته ، ولم يكن بسببه . فإن تسبب أو أهمل أو هدمها فهو ضامن . أما الثمار فهي له ليوم استحقاق الميراث .

ويستثنى من إرجاع العقار بطبيعته أنه في بعض الأحوال لا يرد العقار بطبيعته [1] ، وإنما يحسب ثمنه ضمن التركة ، ويخصم من نصيب هذا الوارث الموهوب له ، ويجوز أن يكون هذا الاحتساب اختياريًا أو إجباريًا .

1 - احتساب العقار اختياريًا : يكون متى أجاز المورث المعطي لوارثه الموهوب له ذلك صراحة . ويكون متى كان في التركة عقار مماثل للموهوب في الصفة والقيمة وكان يمكن قسمة التركة تقريبًا معادلة بين الورثة .

ففي الحالتين المذكورتين لا يجبر الوارث الموهوب له على إحضار العقار بطبيعته فهو يفعل ما يراه مصلحة له .

2 - احتساب العقار إجباريًا : يكون ذلك متى تسبب الوارث الموهوب له في هلاك أو تلف العين الموهوبة . ويكون متى ملك العين الموهوبة للغير . وإن كان الأخير يتعارض مع القاعدة المعروفة من أن ترتيب الحقوق العينية على العقار الموهوب تلغى بمجرد احتسابها في أعيان التركة . لكنه يقال : إن تمليك العين

(1) يقصد لا يرده بعينه .

الموهوبة صحيح ، ولكن ترتيب الحق العيني عليها غير صحيح إلا إذا كانت في نصيب من رتب تلك الحقوق .

وتقدير قيمة العقار تكون وقت استحقاق الميراث لا وقت الهبة ولا وقت بيعها .

ثانيًا : رد المنقول دائمًا تحسب قيمة المنقول ، ولا يرد بطبيعته ، وتحسب من نصيب الوارث الموهوب له حسب قيمته وقت الهبة إن عمل بها قائمة تقدير ثمن ، وإلا فيعين خبير للتثمين . وهذه القاعدة تطبق على كل المنقول أيًّا كان نوعه . فإن تلف المنقول لأي سبب فعلى الموهوب له القيمة ؛ لأن التزام الرد فيها كان بمبلغ من المال لا بذاتها مثل العقار .

ويجب رد المنقول بطبيعته متى شرط المورث الواهب ذلك – وتأمين المورث على حياة أحد ورثته يعتبر هبة ويجب رده . ولكن بحسب ما دفعه المورث من الأقساط لا ما يجب دفعه من الشركة للمؤمن له ؛ لأن الذي خرج من مال المورث هي الأقساط المدفوعة للشركة [1] .

بند [32] العلاقات بين الورثة

التشريع الإسلامي : إن هبة المورث لأحد الورثة تعتبر حقًّا مملوكًا للموهوب له عقارًا أو منقولًا متى تمت الهبة حال حياة المورث [2] ولم يشترط المورث على الموهوب له أن ينتفع فقط ، وحازها الموهوب له أو حيزت له قبل الوفاة . فليس على الوارث إرجاع الهبة إلى التركة بعد الوفاة لتقسم مع التركة ، متى تمت الهبة ووقعت صحيحة بالشروط الآتية :

أولًا : أن يكون الواهب عاقلًا مكلفًا ، غير محجور عليه ، لم يحط الدين بماله وليس سكرانًا ، وليس مريضًا [3] ولا زوجة فيما زاد على الثلث [4] .

---

(1) انظر البنود من 943 إلى 896 في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 188 : 193 .

(2) قاعدة : هبة المورث لأحد الورثة تعتبر حقًّا مملوكًا للموهوب له عقارًا أو منقولًا متى تمت الهبة حال حياة المورث .

(3) أما الواهب ، فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكًا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة ، وحال إطلاق اليد . بداية المجتهد (485/2) وقد جاءت المادة 916 مدني مصري والمادة 995 مشروع المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية أن تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية أيًّا كانت التسمية التي اتخذتها هذه التبرعات . وهو ما جاء في المادة 942 مدني كويتي والمادة 1109 عراقي والمادة 1128 أردني ويتفق هذا . ويتفق هذا مع ما جاء في الفقه الإسلامي . راجع المواد 393 - 395 ، والمواد 1095 - 1605 من المجلة العدلية .

(4) يقول ابن عبد البر : تصح الهبة عند مالك وأصحابه من كل بالغ غير محجور عليه ولا مريض مثبت العلة لكل من استوهبه أو قبل منه الهبة » . الكافي ص 528 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 339 .

فهبة الصبي والمجنون والسفيه باطلة [1] قطعًا [2] ، فتعود للتركة بعد وفاته ، وتقسم على كل الورثة إن لم تكن التركة مدينة ، فإن كانت مدينة سد الدين من ثمنها حيث لا تركة إلا بعد سداد الدين [3] ، وكذا هبة السكران .

وهبة المريض وهبة الزوجة فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة وارث المريض ، وعلى إذن الزوج فيما زاد على الثلث ، وأما في الثلث فأقل فهي صحيحة نافذة لا ترجع للتركة متى حازها الموهوب إليه . فإن أجازاها صحت ولا تعود للتركة بعد الوفاة ، وإن لم يجيزاها بطلت الهبة ، وكان الموهوب من التركة يقسم معها على الورثة .

فإن أحاط الدين بمال الواهب قبل أن يحوز الموهوب له الهبة ، ولم يجزها الدائنون بطلت الهبة وعادت إلى التركة تقسم معها [4] .

ومعنى عادت الهبة تركة وقسمت معها على الورثة أن الشيء الموهوب لم يخرج عن ملك الواهب ، فيجوز استرجاعه لملكه في أي وقت حال الحياة وبعد الموت .

ثانيًا : أن يحوز الموهوب له أو من يقوم مقامه عند عدم أهليته الشيء الموهوب قبل حصول مانع من الحوز ، كإحاطة دين بالواهب أو جنون أو مرض اتصلا بموت الواهب ، أو موت الموهوب له قبل الحوز [5] .

فإن حصل مانع من الحوز فالهبة من التركة لم تخرج عن ملك الواهب فتقسم مع التركة . ويصح إرجاعها لمال الواهب حال حياته أيضًا . ومتى استوفت الهبة شروطها ووقعت صحيحة فقد ملكها الموهوب له ملكا ناجزًا لا شبهة فيه ؛ فلو

---

(1) قاعدة : هبة الصبي والمجنون والسفيه باطلة قطعًا .

(2) أما السفهاء ، والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير نافذة . بداية المجتهد (486/2) .

(3) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين .

(4) يقول ابن عبد البر : « لا تتم الهبة إلا بقبض المعطى له إياها قبل موت واهبها ، وقد روى مالك أنه إذا شهد على نفسه بالهبة ومات حكم للموهوب له بها ، كما أنه لو مات الموهوب له بعد أن أشهد الواهب على نفسه حكم لورثة الموهوب له بها » . الكافي لابن عبد البر ص 528 ، الشرح الصغير ج 3 ص 339 ، 340 .

(5) وبطلت الهبة بحصول مانع قبل الحوز من واهبها كإحاطة دين بالواهب ، أو جنون أو مرض اتصلا بموت الواهب ، أو موت الموهوب له قبل الحوز . الشرح الصغير (340/3) .

مات الواهب فلا تعود الهبة للتركة ، ولا تقسم معها ولو كان الموهوب له وارثًا .

ويجوز للموهوب له الوراث أن يأخذ نصيبه من التركة مع الاحتفاظ بالهبة . ولا يقال انعدمت المساواة بين الورثة ؛ لأن الميراث لا يكون إلا بعد الوفاة فتوجد التركة . وأما قبل الوفاة فلكل مالك الحق في أن يتصرف فيما يملك كما يشاء ، بشرط مراعاة التشريع الموضوع لمثل هذا .

وليس بصحيح أن نفرض في هبة المورث لأحد ورثته أنها للمنفعة ؛ لأنه لو أراد الواهب ذلك لنص عليها . فعدم النص على هذه النية دليل على أنه أراد تمليك العين الموهوبة لا تمليك منفعتها . والواهب يعلم أحكام التشريع الإسلامي في أن الهبة تملك بالقبض ، ولا ترد للتركة بعد الوفاة [1] فكان طبيعيًا أن ينص على تمليك المنفعة إذا أراد . وذلك كالعمرى وهي إمتاع شخص عينًا ينتفع بها مدة الحياة ، ثم تعود لورثة المالك الواهب للمنفعة (الممتع) بعد وفاة المعمِّر أو بعد وفاة المعمَّر ؛ فهذه ترجع للورثة وتقسم كالتركة بلا نزاع .

وعلى هذا فالتشريع الإسلامي قطع في ذلك بحفظ النظم ، وأَخَذَ المكلف بأقواله وأعماله ووجوب تنفيذ الشروط في الهبة إن كانت موجودة [2] .

ومن غريب ما رأيت في هذا الباب في فتاوى مولانا الكبير الشيخ عليش ما نصه (رجل توفي عن ثمانية أبناء وبنت وثلاث زوجات ، وقد حلى إحداهن حليًا كثيرة فهل يقسم الحلي على الجميع ولا يختص به حائزه ؟ أفيدوا الجواب . فأجاب بما نصه :

نعم يقسم الحلي كباقي التركة على الجميع ، ولا تختص به المحلاة به ؛ لأن تحلية الزوج زوجته محمولة على الإمتاع والانتفاع لا على التمليك كما في الخرشي وحاشيته ومجموع الأمير ؛ فالحلي المذكور باق على ملك الزوج إلى موته فهو من

---

(1) قاعدة : الهبة تملك بالقبض ولا ترد للتركة بعد الوفاة .

(2) تقدمت الإشارة إلى مذهب المالكية في انعقاد الهبة صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد ، ويجبر الواهب على تسليم الشيء الموهوب ، وهو ما جاء في المادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية . وهذا هو ما اتجهت إليه القوانين المدنية العربية الحديثة ، فيما يظهر مما أخذت به المادة 493 مدني مصري والمادة 465 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والفقرة الأولى من المادة 535 كويتي .

تركته يقسم على الجميع كغيره ... إلخ) اهـ [1] .

وهذه مبناها العرف والعادة هل تحلية الزوج لإحدى زوجاته بمصاغ يعتبر من قبيل الإمتاع ، ويبقى المصاغ على ملك الزوج ، أو يعتبر تمليكا للزوجة المذكورة فلا يدخل في التركة بعد الوفاة .

وقد فهم مشايخنا - رحمهم الله - أنه من قبيل الإمتاع ، وكان عرفهم جرى بذلك ، فالحكم على هذا صحيح .

ولكن نحن الآن في محرم سنة 1364 هـ ويناير سنة 1945 وقد تغير العرف كلية وأصبح المصاغ الذي تتحلى به الزوجة ملكًا لها ولو اشتراه الزوج من ماله الخاص . اللّهم إلا إذا أخذ على زوجته المحلاة صكًا بذلك ، وأودعه أوراقه فوجده ورثته بعده ، فيكون قطعًا من التركة ، حيث نص في الصك على أن المصاغ ملك للزوج ، وليس للزوجة إلا حق التمتع .

ولو سلمنا ما ذهب إليه مشايخنا المحترمون الأجلاء في هذه الفتوى فلا تجد امرأة تتحلى بحليٍّ من زوجها على أن يؤخذ منها فيقسم على الورثة وهي منهم ، بل وفي زماننا تحتال المرأة على زوجها بأساليب شتى للحصول على عطاياه وهباته في مناسبات كثيرة كعيد ميلادها وذكرى زواجها مثلًا خصوصًا متى كان زوجها يحبها دون الآخرين [أي من الورثة] .

ومن المقطوع به أن الزوج لا يقصد إطلاقًا أن تكون هذه العطايا والهبات عندها أمانة لما بعد وفاته فتجرد منها وإلا كان أشبه بالمجانين .

فالآن يكون الحكم في هذه الفتوى أن صاحبة المصاغ تختص به دون بقية الورثة ؛ لأنها هبة قبضتها قبل الوفاة وتأخذ نصيبها في التركة أيضًا مع هذا . وقد عثرت على فتوى للشيخ عليش أيضًا يؤيد هذا الرأي . وهي بعد السؤال قال : كل من أعطاه الأب من ماله شيئًا وحازه في صحته من الأولاد الباقين فإنه يختص به ويقاسم إخواته تركة أبيهم . وأما ما أعطاه لأحدهم في مرض موته أو باعه له بمحاباة فيه أو في صحته وحازه في مرضه فوصية لوارث باطلة إلا إذا أجازها الورثة [2] .

---

(1) يقول الشيخ عليش : « ما قولكم في رجل توفي عن ثمانية أبناء وبنت وثلاث زوجات وقد حلى إحداهن حليًا كثيرة فهل يقسم الحلي على الجميع ولا تختص به حائزته ؟ وما يخص كلا منهم من التركة ؟ أفيدوا الجواب فأجاب بتقسيم الحلي على الجميع ، « لأن تحلية الزوج زوجته محمولة على الانتفاع لا على التمليك ، كما في الخرشي وحاشيته والمجموع » لكن إذا تغيرت العادة وكانت تحلية الزوج زوجته محمولة على الهبة فإنها تملك حليها ولا تعود إلى التركة . وهو ما أخذ به المؤلف ... فتح العلي المالك جـ 2 ص 375 .

(2) قاعدة الوصية لوارث باطلة إلا إذا أجازها الورثة .

فالهبات التي تخضع للرد هي ما اشترط المورث فيها بقاءها على ملكه وانتفاع الموهوب له بها فقط .

وكل عمل تم من المورث حال حياته وصحته للوارث بدون شرط ولا قيد يعتبر هبة لا رجوع فيها بعد الوفاة ، كتنازله عن دينه قبل الوارث ، أو تسديده دينه بلا شرط رجوع أو بلا استلام وثائق الدين والاحتفاظ بها للرجوع ، أو مشتري محل تجارة أو صناعة وسلمه له تمليكًا لا إدارة مثلًا . فإن سدد المورث دين الوارث وأخذ تحويلًا من الدائن أنه هو الذي سدده وطالب بالدين ثم مات ، أو اشترى محل تجارة أو صناعة وسلمه لولده ، ولم يكتب له أنه هبة فإن ذلك باق على ملك المورث فيخصم الدين المسدد من سهم الوارث المدين ويقسم محل التجارة على الجميع بلا فرق .

وأما مصاريف الأكل والتعليم وتجهيز الأولاد مدة التعليم فهي واجبة للولد على أبيه متى كان الولد فقيرًا فإن كان موسرًا فنفقته من جميع النواحي في ماله ، فإن تبرع أبوه له بشيء من ذلك فلا رجوع لأحد عليه إلا إذا أشهد الوالد أن له الرجوع متى شاء في مال ولده بما أنفق فله ذلك ولورثته من بعده أيضًا ؛ لأن هذا يعتبر من التركة [1] .

جعل المشرع الوضعي رد الهبة للوارث بعد الموت هو المفروض ، وعدم ردها للتركة بعد الوفاة يجب أن يعبر عنه المتوفى في إرادة صريحة .

وجعل المشرع الإسلامي عدم وجوب رد الهبة الصحيحة من الوارث إلى التركة هو المفروض شرعًا وهو الأساس . وجعل الرد للتركة بعد الوفاة متروك لإرادة

(1) يقول ابن عبد البر : « لا يجب على الإنسان نفقة على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء والأبوين إذا كانا فقيرين لايقدران على الاكتساب ينفق الرجل على الذكر من بنيه حتى يبلغ مبلغ الرجال وينفق على الأنثى حتى يدخل بها زوجها » . الكافي ص 298 ، 299 . وهو مذهب المالكية الذين يرون الاقتصار في وجوب النفقة على الولد ذكرًا أو أنثى لأبيه وأمه الأدنين ، كما تجب على الأب لولده ذكرًا أو أنثى . أما الشافعية فقد ذهبوا إلى وجوب نفقة الفروع على الأصول والأصول على الفروع مطلقًا دون تقيد بدرجة . ولكن ذهب الأحناف إلى وجوب النفقة على كل ذي رحم محرم لذي رحمه . أما القريب غير المحرم فلا تجب نفقته . وقال الحنابلة بوجوب النفقة على الأقارب الوارثين ، لأن الغرم بالغنم . وقد أخذت المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بمذهب الشافعية ، على حين أخذت المادة 159 من قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الحنابلة ، ونصها : « تجب نفقة كل قريب عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية » . ولكن لا يشترط عجز الأب عن الكسب لوجوب نفقته على ولده فيما نصت عليه المادة 158 من القانون المذكور .

الواهب . فإن أراد الرد عبر بإرادة صريحة بأن هذه الهدية هدية إمتاع لانتفاع الوارث فقط ، وترد للتركة بعد الوفاة ؛ وذلك لكي يطمئن الناس في معاملاتهم مع بعضهم البعض على ظواهر الأمور فلا خداع ولا غش .

ووجوب الرد يكون في إشهاد خاص أو في نفس عقد الهبة أو بإشهاد شفوي لمن حضر الهبة .

وليس وجوب الرد قاصرًا على الوارث ، بل يجب الرد على موهوب له لم تصح هبته شرعًا ، أو اشترط الواهب الرد بعد الوفاة .

والعين المردودة تكون تركة ؛ فتسري عليها أحكامها فيسدد الدين منها ، وتخرج الوصية من ثلثها ، ويقسم الباقي على الورثة ولدائني المورث الحق في الحجز عليها لاستيفاء حقهم ؛ لأنها تركة ؛ إذ الهبة المردودة داخلة في ضمان ديون التركة ؛ لأنها معدودة في أملاك المورث لا في أملاك الموهوب له مادامت للانتفاع فقط لا للملك .

وكما للدائنين الحق في طلب الرد إن كانت الهبة مشروطًا فيها الرد . كذلك يجوز للموصى لهم طلب الرد لاستيفاء ديونهم وأخذ وصاياهم من ثلث التركة ، لأنها تركة .

فلو وهب شخص منفعة منزله لآخر ، ثم أوصى بعشرين جنيهًا للفقراء من تركته ، ثم ترك دينًا شخصيًّا عليه ثلاثين جنيهًا ، ثم مات فسكت ورثته عن طلب المنزل ممن له حق التمتع به مدة حياة المورث فللدائنين الحق وكذا للموصى لهم في طلب المنزل ، لاستيفاء ديونهم من قيمته ، ولتنفيذ الوصية من ثلثه إن احتمل . فإذا ساوى المنزل 200 جنيه فيأخذ دائنو المورث 30 جنيهًا والباقي 170 جنيهًا ثلثه 56 جنيها وثلثان ، يخرج منها الوصية 20 جنيهًا والباقي $\frac{2}{3}$، 36 جنيهًا يضاف إلى أصل الثمن ويقسم على الورثة .

والرد يكون لعين الهبة متى كانت قائمة وقيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة بالاستعمال إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية ، فإن هلكت أو تلفت بلا تفريط منه فلا ضمان ؛ لأنه أمين إلا إذا تعدى .

وتأمين المورث على حياة أحد ورثته يعتبر هبة ، ولكن لا يجب ردها ؛ لأن قبول الوارث يعتبر حيازة ، والحيازة في الهبة شرط عدم الرد إلا إذا اشترط ردها ، وبذلك قد ملكها هذا الوارث بدون مشاركة أحد له فيها لا في الذي دفعه المورث أقساطًا ، إلا إذا اشترط وجوب رد ما دفع لورثته ، ولا فيما يجب دفعه إليه من

الشركة المؤمن لديها ، مع العلم أن هذا التأمين غير جائز شرعًا [1] .

(1) انقسم الفقهاء في نظرتهم إلى التأمين ؛ ففريق منهم يجيزه . وهؤلاء يختلفون في الأساس الذي تقوم عليه شرعية التأمين . فقائل بأنه يجوز شرعًا إذا كان ينطوي على مضاربة (فتوى الإمام محمد عبده في شأن التأمين على الحياة : مجلة المحاماة 5 - 560 ، 463) . وقائل بجوازه وأنه لا يخالف نظام التعاقد الشرعي وشرائطه العامة ، ويشبهه بعقد الموالاة وضمان خطر الطريق والوعد الملزم ونظام العواقل في الإسلام (مصطفى الزرقا : عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية : مجلة حضارة الإسلام بدمشق سنة 1961) .
وقائل إنه حلال ، حيث لم يرد نص في تحريمه ، والأصل في العقود الإباحة ، وليس فيه شبهة غرر أو قمار ، وإنما هو نظام تعاوني بديع يقوم على توزيع المخاطر وتشتيتها بين أكبر عدد ممكن من الأفراد ، وقد قال رب العالمين : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ علي الخفيف ، بحث قدم إلى مجمع البحوث الإسلامية المنعقد سنة 1965 ، وبرهام محمد عطا الله : بحث في التأمين وشريعة الإسلام : مجلة إدارة قضايا الحكومة 6 سنة 1962 العدد الثالث ص 78 وما بعددها) . ومنهم من يقيس التأمين من المسئولية على عقد الموالاة (أحمد طه السنوسي في عقد ا لتأمين في التشريع الإسلامي : مجلة الأزهر المجلد 25 سنة 1953 ص 303 - وانظر عيسوي أحمد عيسوي في عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليه سنة 1962 ص 167 وما بعدها) .
وفريق منهم يحرمه . وهؤلاء يختلفون أيضًا في الأساس الذي يقوم عليه التحريم . فمنهم من يذهب إلى تحريمه لأنه لا يشبه عقدًا من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي ، فهو ليس وديعة بأجر ، ولا يعتبر من قبيل ضمان خطر الطريق (ابن عابدين جـ 3 ص 345 - محمد نجيب المطيعي : المشار إليه في مقال عيسوي أحمد عيسوي السابق الإشارة إليه ص 187 و 188) . ومنهم من يحرمه في صور التأمين من الحريق ، على أساس أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة ، أو بطريق التعدي أو الاتلاف . فالتأمين من الحريق ليس بكفالة قطعًا ، ولا هو ضمان تعد ، ولا ضمان إتلاف ، وليس بعقد مضاربة ، لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والربح على ما شرط . وشركة التأمين إنما تأخذ المبالغ التي تأخذها في نظير ضمان ما عساه أن يلحق الملك المؤمن عليه من الضرر ، وتارة هذا الضرر يقع وتارة لا يقع ، فيكون هذا العمل قمارًا معنى ، يحرم الإقدام عليه شرعًا (عبد الرحمن قراعة ، المحاماة 5 - 466 - 394) . ومنهم من يحرمه في صور التأمين على الحياة ، لأنه ليس مضاربة ، وإذا قيل إنه قرض فهذا قرض جر نفعًا وهذا هو الربا ، وهو حرام . وإذا مات المؤمن له بعد دفع قسط واحد مثلًا ، وأدت الشركة مبلغ التأمين كله ، فهذه مقامرة ، وحياة الإنسان وموته لا يجوز أن تكون محلًا للتجارة (أحمد إبراهيم ، مجلة الشبان المسلمين 13 عدد 3 في 7 نوفمبر سنة 1941) ومنهم من يرى أن التأمين التعاوني والاجتماعي حلال لا شبهة فيه ، أما التأمين غير التعاوني فغير جائز لأن فيه قمارا أو شبهة قمار ، وفيه غرر وربا ولا توجد ضرورة اقتصادية توجبه (محمد أبو زهرة ، مجلة حضارة الإسلام بدمشق سنة 1961 ص 524) . ومنهم من يرى أن جميع أنواع التأمين غير التعاوني حرام لانطوائها على غرر في الحصول وفي المقدار وفي الأجل (حسين حامد ، بحث في حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين) .
وإذا كان عقد التأمين ليس له نظير في الفقه الإسلامي ، فإن ذلك يرجع إلى أن الفقهاء قد تناولوا العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم ، فإذا استحدثت عقود أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهًا كانت عقودًا مشروعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 294 ، 295 .

بند [33] رد الوصية

القانون الفرنسي : هو أن يكون الوارث موصىً له ، وقبل الميراث ، فيجب عليه عدم الجمع بين الوراثة والوصية . وهذا الرد يرجع إلى أصل القانون من العوائد التي كان معمولًا بها في الأصول والفروع فقط وجميع ما تقدم من رد الهبة يطبق هنا . فقط لدائني التركة جواز الحجز على الأعيان الموصى بها ، عملًا بأنه لا وصية إلا بعد سداد الدين . والقاعدة المعمول بها في رد الوصية أن الوارث الموصى له لا يجب عليه ردها إلا إذا أعلن ذلك المتوفى صراحة .

إرجاع الدين :

وإرجاع الدين هو إلزام الوارث المدين إلى المتوفى ، أو المدين إلى أحد الورثة بسبب الميراث ، بضم ما عليه من الدين إلى مجموع التركة .

والسبب في هذا أنه يراد حفظ التعادل بين الورثة ما لم تُظْهِر إرادة المورث غير ذلك ، وبيان ذلك يرجع إلى عدة أبحاث :

أولًا : الديون الخاضعة إلى الرد : قد يكون الوارث مدينًا شخصيًا للمتوفى نفسه ، أو مدينًا للورثة الآخرين بسبب الميراث . ولكلٍّ حكمه :

1 – الوارث كان مدينًا للمورث شخصيًا : قبل القانون المدني كان الرد خاصًا بحالة القرض فقط من المورث إلى الوارث ، ولكن القانون المدني سوى في وجوب الرد لأي دين كان نتج عن عقد أو قرض أو تعويض أو شبه تعهد أو خطأ أو قانون ، وهذا في الدين الحالّ بلا نزاع ، أما المؤجل ففيه خلاف . والمعمول به أنه يرد ؛ لأن الوفاة تجعله حالًا .

2 – الوارث كان مدينًا للورثة بسبب التركة : الصحيح أنه لا فرق بين المديونية للمتوفى أو للورثة في وجوب الرد . فيجب الرد في قبض ثمرات أعيان التركة ، لخطأ نتج عن إدارة التركة كان مسئولًا فيه .

ثانيًا : الأشخاص الذين يجب بينهم الرد : يجب الرد بين جميع الورثة والموصى لهم حتى الموهوب له مستقبلًا ؛ لأن الغرض من الرد تحقيق المساواة ، ولا يكون إلا بوجوب الرد بين الجميع ، بخلاف إرجاع الهبة ، فلا تكون إلا بين الورثة دون

الموصى لهم كما سبق ، فإن تنازل المدين عن الميراث بقيت كما كان مع المتوفى في علاقاته ، ويجب عليه الدين ولكن يحتفظ بالأجل ، ولا يجب عليه فوائد بنص القانون ، بل لا بد من الطلب . وليس للموصى لهم ولا لدائني التركة طلب الرد من مديني المتوفى أو الورثة ، ولكن لهم احتساب الدين أو الوصية من التركة ، بضم الدين إلى رأس مال التركة ، وقبض حقهم على هذا الأساس .

وإرجاع الدين يكون باحتسابه من رأس المال ، ثم يخصم من نصيب المدين ، فإن وفى النصيب فبها ، وإلا بقي الوارث مدينًا بما زاد عن نصيبه في التركة بمقدار الباقي من الدين للورثة .

وفوائد المبلغ الواجب الرد توجد بقوة القانون ولو لم يكن مشترطًا فيه الفوائد ، وذلك من يوم استحقاق الميراث .

ولضمان حقوق الورثة في الدَّيْن الواجب الرد منحهم القانون حقَّ الامتياز على نصيب الوارث المدين ، فلا ينازعهم دائنو الوارث الشخصيين ، بل يجب عليهم احتساب رأس ماله ناقصًا الواجب عليه رده [1] .

بند [34] رد الوصية

التشريع الإسلامي : معنى إرجاع الوصية أو رد الوصية من الوارث للتركة أن يكون المورث قد أوصى لوارثه بشيء من التركة وهو غير صحيح ، فإن الوصية لا تكون لوارث فهي باطلة أصالة بطلانًا عامًّا [2] ؛ لأن مال المتوفى بعد وفاته ، ينتقل لورثته فهم أصحاب التصرف في المال . وقد أباح المشرع للمتوفى الوصية بثلث ماله ، لكن لغير الوارث ؛ لأن هذا تفضيل لبعض الورثة عن بعض في مال لا يملكه الموصى بعد وفاته . فقد تكفل التشريع الإسلامي بإعطاء كل ذي حق حقه ، فلا يجوز لأحد أن يرتب ماله بين ورثته بعد الوفاة بطريق الوصية على أن يفضل أحد الورثة عن الباقين أو يخص واحدًا منهم بشيء معين من التركة بطريق الوصية فالكل فيها سواء بعد الوفاة ومتى منعنا الوصية فلا رد ؛ لأنه لا وصية .

فإن أوصى المورث لأحد الورثة فلدائني المتوفى الحجز عليها وبيعها ؛ لأنه لاوصية

---

(1) انظر : البنود من 843 إلى 869 في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 188 : 193 .

(2) اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » . بداية المجتهد (495/2) .

مطلقًا إلا بعد سداد الدين ، ولا وصية لوارث ، فيجوز لبقية الورثة طلب بطلان هذه الوصية وقسمتها كالتركة ، ولهم إجازتها فهي عطية مبتدأة منهم للموصى له [1] .

والوصية للوارث باطلة ، ويجب ردها للتركة سواء أعلن المورث ردها أو لم يعلن مالم يجزها الورثة ، فهم أصحاب الشأن فيما يملكون من أعيان التركة التي تشمل الموصى به . وقد أجاز القانون الجديد الوصية للوارث [2] ونفاذها بلا إذن أحد [3] .

إرجاع الدين :

إرجاع الدين للتركة أو احتساب الدين في التركة أمر مفروغ منه ؛ لأن دين

---

(1) أجمعوا أن الوصية لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة ، واختلفوا إذا أجازها الورثة فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر ، والمزني : لا تجوز . بداية المجتهد (496/2) .

(2) تناولت المادة 908 من القانون المدني المصري حكم الوصية بقسمة أعيان التركة ، ونصها : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وراث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم كانت الزيادة وصية » .

وهو ما تناولته المادة 1117 من التقنين الأردني .

وهذه المادة (908 مدني مصري) منقولة من المادة 13 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 التي تنص على ما يأتي : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصي . فإن زادت قيمة ماعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذه المادة بأنها قد وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة ، وأن يوصي بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحه نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة 38 من جواز الوصية للوارث بالثلث دون توقف على إجازة الورثة يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فإن كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم ورد الباقي إلى التركة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 399 وما بعدها . ومن الموضح أن الذين أجازوا الوصية للوارث أرادوا الاستناد للتقليد في نسبة هذا الرأي إلى ما أشاروا إليه بقولهم بعض فقهاء الشافعية والحنابلة . وهذا خطأ علمي فادح ، لأن أحدًا من فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية والأحناف لم يقل بجواز الوصية للوارث على النحو الذي أريد به تصحيح وصية الوارث بقسمة أعيان تركته .

(3) يقول الدردير : « ولزم إجازة الوارث إذا أوصى بزائد عن الثلث أو أجازه بعض الورثة إن أوصى لبعضهم حيث كان أجازه المجيز والموصى بمرض مخوف ، سواء كانت الوصية في الصحة أو المرض بشرط أن الموصي لم يصحّ صحة بعد المرض الذي أجاز فيه الوارث . فإن صح ثم مرض فمات لم يلزم الوارث . فإن صح ثم مرض فمات لم يلزم الوارث إجازته الواقعة منه سابقًا بل له الرد .... » الشرح الصغير جـ 4 ص 188 .

المتوفى على الغير محسوب من التركة ، فإذا مات شخص وترك عقارًا تقدر قيمته بألف جنيه مصري ، وله ديون على آخرين بألف أخرى فتكون تركته مقدرة بألفي جنيه مصرية ؛ فتقسم تركته على هذا الأساس .

فالديون إن كانت حالة وجب أداؤها للورثة ، وإن كانت مؤجلة فلا تحل بموت الدائن ؛ لأن الأجل من حق المدين فتقسم على أنها مؤجلة .

والديون المستحقة في الذمة قبل الوفاة للمورث تحسب من مجموع التركة ، والديون المستحقة في الذمة بعد الوفاة تكون للورثة فيما بينهم وإن كانت من التركة . وتستوي الديون الناتجة من عقد أو قرض أو تعويض أو قانون .. إلخ .

والمدين إما وارث ، وإما موصى له ، وإما أجنبي ، فمديونية الوارث تتحقق بوفاة المورث ككل مديونية . بمعنى أن الدين متى كان حالًّا وجب أداؤه . فإن كان المورث سدد ديون وارثه قبل الوفاة فمجرد تسديده إبراء للوارث مما عليه للغير . فإن احتفظ المورث بسند المديونية للرجوع على الوارث ، أو أشهد أنه سدد ليرجع ، وجب على الوارث المدين أداء ما عليه للمورث ، يعني احتساب دينه في التركة .

وإن كان مدينًا لنفس المورث من آثار عقود ، أو التزام ، أو أي سبب شرعي للالتزام فعليه أداء هذا الدين للتركة ، بمعنى أنه يحسب من جملة التركة فيخصم من سهمه فيها . فإن وفّى سهمه بدينه فبها ، وإلا فيجب على الوارث سداد ما بقي للورثة من أصل دينه إن لم يتنازل المورث قبل وفاته عن هذا الدين قِبَل هذا الوارث [1] .

وحكم الوارث حكم الموصى له سواءً بسواء ؛ لأنه يجمع الكلَّ وصفُ المديونية . وعلى هذا فالدين ووجوب أدائه لا علاقة له بين تسلم الميراث أو تركه ؛ لأن الدين قد تعلق بالذمة ، ولا يبرئها إلا الأداء أو الإبراء .

وأما الدين الناشئ في التركة ، أو بسبب التركة ، كقبض ثمرات أعيان التركة بعد الوفاة ، أو هدم عين من أعيان التركة ، أو خطأ نتج عن تفريط أو إفراط في إدارة أعيان التركة فهو على المسئول ، يجب تقاسمه حسب نصيب كل وارث ، ونصيب كل ضامن لدينه . ومتى كان أداء الدين واجبًا فللدائنين للتركة وللموصى

---

(1) يقول الدردير [يبدأ من تركة الميت بحق تعلق بعين كمرهون فمؤن تجهيزه] . الشرح الصغير جـ 4 ص 197 .

لهم طلب الرد والدفع لهذا الدين فيضم لأصل التركة وتوفى منه الديون ويخرج من ثلثه الوصية .

ولضمان حقوق الورثة في الدين الواجب الأداء للتركة تكون أنصبة المدينين ضامنة في السداد . وبما أنه لا ميراث قبل سداد الدين فتكون حقوق دائني المورث الشخصيين مقدمة على حقوق الورثة في ديونهم بالنسبة للتركة فتدفع أولًا ديون المورث من التركة ومن ديون التركة ومن الوصية ، ثم تخرج الوصية من ثلث الباقي ، ثم يقسم الباقي إن بقي شيء [1] .

(1) تقضي المادتان 899 ، 900 من القانون المدني المصري طبقًا لما سلفت الإشارة إليه بوجوب توزيع ما بقي من التركة إلى الورثة ، كل بحسب نصيبه ، وذلك بعد تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالتركة .

وهو ما تناولته المادتان 1109 ، 1110 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

نتيجة المقارنات من بند 25 إلى نهاية بند 34

يتفق التشريعان فيما يأتي :

قبول الميراث بشرط الحصر (في النتيجة) - تصفية التركة - التنازل عن الميراث (في الجملة) - وراثة شاغرة - واجبات الورثة - ادعاء الوراثة - الإخراج من الوراثة - استحضار الهبات بين الأحياء (في الجملة) - رد الوصية من الوارث متى ورث - إرجاع الدين .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

قبول الميراث بلا شرط ولا قيد (في نتائجه) - تفرقة الأموال في الميراث - التنازل عن الميراث (في نتائجه) .

بند [35] قسمة التركة

القانون الفرنسي : الكلام في قسمة التركة يرجع إلى عدة أقسام :

أولًا : حالة كون التركة مشاعة : وهي دعوة الورثة لاستلام حقهم في تركة المتوفى التي لم تقسم بعد إلى وقت القسمة (فهي تركة مشاعة حتى تقسم) . وما دامت حالة عدم القسمة فالوارث لا يملك حصة معينة في التركة بل يملك نصيبًا مشاعًا . ومن ذلك يجب اتفاق إرادة الورثة جميعًا في أي عمل قانوني أو إداري أو أي تصرف فلا يكون نافذًا إلا باتفاق الجميع ، ويمكن لواحد منهم ولو كان أصغر نصيبًا إبطال أي عمل لم يوافق عليه . وتنتهي هذه الحالة بقسمة التركة ؛ فيصبح كل وارث مالكًا لنصيبه الذي خصه ملكية محدودة في هذا الجزء بدل الملكية المشاعة قبل القسمة . وقد جعل القانون القسمة حقًّا لكل وارث ، له أن يطلبها متى شاء ضد باقي الورثة ، وعليه أن يتحمل طلب القسمة من الآخرين ، فيقضى بها له وعليه . ويجوز للورثة الاتفاق على عدم القسمة للتركة لمدة خمس سنين فقط ، ويجوز تجديد هذه المدة لمثلها . وهذه الحال في الغالب تحدث ما دام في الورثة قاصر تجنبًا للقسمة القضائية وما يتبعها من نفقات طائلة ، أو يكون لمصلحة العائلة .

وفي أن المورث له اشتراط عدم القسمة لتركته في وصيته خلاف . يقول بعضهم : له ذلك لمدة خمس سنوات كالورثة ، وبعضهم يرفض ؛ لأن هذا يعود على الورثة ولمصلحتهم فقط .

ثانيًا : مدة دعوى القسمة :

تمكث دعوى القسمة ما دام الورثة لم يقتسموا التركة ، فلا تسقط بمضي المدة ولا بعد الاستعمال ، فلا تسقط إلا بسقوط سببها . وذلك متى قسمت التركة فلا دعوى قسمة . ومتى تملك أحد أعيان التركة بمضي المدة فلا تركة حتى تقسم .

ثالثًا : استعمال حق طلب القسمة :

استعمال حق طلب القسمة يفرض في حالة القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد . والقاصر الذي لم تنفك عنه الوصاية ، والمرأة المتزوجة . أما القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أو المحجور عليه فلا يمكن لوصيهما رفع دعوى القسمة إلا بإذن من مجلس

العائلة ، ولكن يجوز الحضور كمدعى عليهما في شخص وصيهما بلا قيد ولا شرط .

والقاصر الذي بلغ سن الرشد يمكنه رفع دعوى القسمة ، والحضور مدعى عليه فيها فقط يكون معه المشرف .

والمرأة المتزوجة على نظام الاشتراك في الأملاك يجوز لزوجها رفع دعوى القسمة في العقار والمنقول الذي يدخل شركة أموال الزوجية فقط وبدون مساعدة الزوجة . وأما التركة التي تبقى ملكًا خاصًا للزوجة فلا بد من دخول الزوجة معه في الدعوى ، وكذلك في نظم الزواج الثلاثة الباقية لا بد من دخول الزوجة معه في الدعوى . ومع ذلك ما دام للزوج حق التمتع بأموال زوجته فله الحق في عمل القسمة المؤقتة مع بقية الورثة في الثمرة الناتجة .

رابعًا : أشكال القسمة : يدور البحث في هذا الموضع على نقطتين :

أولًا : بأي شكل تكون القسمة : تكون القسمة بالتراضي ، وبالتقاضي . فالقسمة التي بالتراضي : هي ما كانت بين الورثة بمحض إرادتهم بدون تدخل القضاء . والتي بالتقاضي : هي ما تمت بناء على الأوامر القضائية حسب قانون المرافعات المدنية . وتفرض القسمة القضائية في الأحوال الآتية :

(1) متى وجد في الورثة قاصر أيًّا كان ، أو محجور عليه ، أو في ملجأ الأمراض العقلية ، أو معين له مجلس قضائي .

(2) متى وجد في الورثة غائب وله وكيل لم تكن له سلطة مخولة منه لعمل القسمة الودية .

(3) متى وجد جميع الورثة حائزين للصفات القانونية للتصرف في أموالهم ، ولكن اختلفوا في كيفية التقسيم ، أو في تحديد الأعيان ، أو عارض في القسمة .

أما القسمة الودية فتكون حسب ما اتفقوا بعقد عرفي أو مسجل أو بقرعة أو بغيره .

ثانيًا : قسمة نهائية ، وقسمة مؤقتة ؛ فالقسمة النهائية : هي ما وضعت حدًّا لشيوع التركة ، وعدم قسمتها وركزت ملكية أعيان التركة في حصة كل وارث له . والمؤقتة : هي ما كانت خاصة بالاستغلال مع بقاء الملكية على المشاع ، وتكون القسمة المؤقتة في موضعين :

(1) متى اتفق الورثة على ذلك .

(2) متى كان في الورثة من ليس أهلًا لتولي شئون نفسه، ولم يتدخل القانون في القسمة.

وينتج عن القسمة المؤقتة أن ثمرة كل قسم تكون ملكًا خالصًا لصاحبه، ولا يكون حائلًا لطلب القسمة النهائية من أي وارث.

طرق القسمة القضائية:

القسمة القضائية طويلة مملة ذات تكاليف عظيمة، تمر في ست درجات:

(1) صدور حكم القسمة: متى قدم أحد الورثة طلبًا بالقسمة تصدر المحكمة حكمًا عاديًا بذلك، وتعين خبيرا ليباشر عمليات القسمة، وتعين قاضيًا لعمل تقرير عن الذي يعترض القسمة ليرفعه للمحكمة.

(2) تقدير أثمان أعيان التركة أو بيعها بمعرفة خبير يتفق عليه أو معين عند الاختلاف فيقدم تقريرًا بما يراه موافقًا للقسمة، فإن بيعت الأعيان يجب أن تكون بالمزاد العلني حسب ما نص عليه قانونًا.

(3) تكوين جملة التركة المراد قسمتها: تتكون جملة التركة من مجموع أعيان التركة المخلفة عن المتوفى. والأعيان الواجب على الورثة إرجاعها لقسمة التركة بطبيعتها، وألا تدفع قيمتها من مجموع نصيب الوارث.

(4) ثم قسمة التركة إلى أنصبة بمعرفة خبير مثمن أو قاض منتدب أو وارث متفق عليه.

ويجب مراعاة القاعدتين الأساسيتين الآتيتين:

(1) المساواة في قيمة الأنصبة وهو الأساس في كل قسمة.

(2) تعادل وتشابه المواد المقسومة، ففي كل قسم يجب إدخال منقول أو عقار فيه كبقية الأنصبة الأخرى فلا يجوز عمل نصيب من العقار وآخر من المنقول ولو تساويا في القيمة، وتعمل الأنصبة بمقدار عدد الورثة.

وكيفية تقسيم أجزاء التركة كالآتي:

1 - إن تساوى الورثة في أقسامهم قسمت على رؤوسهم، كولدي المتوفى فتقسم التركة على نصيبين يأخذ كل واحد نصيبًا.

2 - وإن اختلفا في أنصبتهم كأب وأخوين قسمت التركة إلى أنصبة تجمعهم، فتقسم التركة هنا إلى ثمانية: للأب الربع $\frac{2}{8}$، ولكل أخ نصف الباقي بعد الربع،

وهو يساوي $\frac{3}{8}$ لكل أخ .

خامسًا : نتيجة القسمة المظهرة :

ينتج عن القسمة انقطاع حالة الشيوع ، بحيث إن كل وارث أصبح مالكًا ملكًا خاصًا ، له فقط ما خصه في نصيبه ، وليس مالكًا مشاعًا في كل جزء من التركة ؛ وبناء على ذلك تكون القسمة مظهرة لملكية الوارث لا ناقلة لتلك الملكية إليه من تركة المتوفى ، بل يعتبر الوارث تلقى الملك في نصيبه من المتوفى نفسه مباشرة ؛ بل يعتبر أيضًا كنتيجة للقسمة رجوع أثرها إلى يوم استحقاق النصيب المذكور من التركة .

وفي القانون الروماني كانت نتيجة القسمة للتركة ناقلة للملكية ؛ فكان إذا رتب أحد الورثة على عقار التركة أي حق عيني انتقل هذا الحق إلى من وقع هذا العقار في نصيبه ، وتحمَّل ما رتبه الوارث المذكور وقت شيوع التركة .

ويطبق وصف أن القسمة مظهرة على كل عمل تم بدون مقابل ، وكان من شأنه انتهاء حالة عدم القسمة سواء كان من التركة نفسها أو في مادة كانت جزءا منها مثل :

(1) القسمة بمعناها الحقيقي حتى ولو كان هناك فرق قدر بمبلغ من المال .

(2) البيع بالمزاد العلني لشيء غير قابل للقسمة لصالح وارث بقطع النظر عن قبول الغير مزايدًا في البيع أم لا ، فإن كان المزاد لصالح الغير كان بيعًا حقيقيًا .

(3) بيع حقيقي وديًا باتفاق الورثة ، فلا تأثير للشكل على الصفات القانونية ، فنتيجته إظهارية .

(4) التنازل نظير عوض ممن تنازل من الورثة عن نصيبه نظير عوض تطبق عليه صفات القسمة الإظهارية ، فإن كان التنازل بلا عوض فهي تمليكية إيجادية .

ولا خلاف في أن نتيجة القسمة إظهارية ، وتطبق على العقار والمنقول على السواء بلا خلاف .

ويطبق وصف الإظهارية لصالح الأشخاص الآتية :

1 - بين أحد الورثة وبين من تلقى الميراث عن وارث آخر . وينتج عن ذلك أن الحقوق العينية التي أثقل بها العقار من رهن أو حق ارتفاق .. إلخ بمعرفة أحد الورثة مدة عدم قسمة التركة لا يعارض بها الوارث الذي وقع العقار المذكور في نصيبه ، وتعتبر باطلة وكأنها لم تكن ، ما لم يكن هذا الحق ترتب بنفس من أخذ العقار في

حصته ؛ فحينئذ تتأكد هذه الحقوق ، وتنتج ثمرتها القانونية .

فإن أراد الراهن أو صاحب الحق العيني أن يبقى حقه ثابتًا وقع جميع الورثة على ترتيب حقه ، فلا خوف عليه إذن ، ففي أي حصة وقع فهو صحيح .

2 – بين وارث ومن تلقوا عنه الملك : تطبق القاعدة المذكورة بين الزوج وزوجته في نظام الشركة في أموال الزوجية والأملاك التي تدخل فيها ، وما لم يدخل فيها .

ضمان الأنصبة :

الورثة المقتسمون ضامنون متضامنون في ملكية كل نصيب لمن خرج في قرعته ، بمعنى أنه بعد القسمة وأخذ كل واحد منهم نصيبه تبين أن عقارًا كان مرهونًا مستغرقًا أو رفعت باستحقاقه دعوى من الغير وحكم له ، فإن جميع الورثة متضامنون في الخسارة التي لحقت هذا الوارث .

ولاستعمال حق الضمان بين الورثة المقتسمين يجب تحقيق الشروط الآتية :

أولًا : يجب أن تحصل منازعة من الغير ، أو نزع ملكية لا ظهور عيب مخفي في نصيب الوارث فلا ضمان فيه .

ثانيًا : يجب أن يكون سبب النزاع أو نزع الملكية قد حصل قبل القسمة ، بمعنى أن المورث كان واضعًا يده مثلًا على الغير الذي جعل في مجموع التركة وقسم .

ثالثًا : أن لا يكون الوارث المنازع أو المنزوعة ملكية حصته أو بعضها سببًا في خسارة حقه بسوء دفاعه أو بإهماله ، بل عليه أن يدخل كل الورثة في الدعوى المدعى عليه بها ، لتكون الخسارة في مواجهتهم ، حتى يتم ضمانهم .

رابعًا : يجب أن لا يكون مذكورًا في عقد القسمة صراحة عدم تضمين الورثة في حالة النزاع أو نزع الملكية الذي قد يحصل لأي وارث وإلا فلا ضمان ؛ لأنه روعي في القسمة ما يمكن حدوثه فهو مدخول عليه ، فلا ضمان .

ويتحقق ضمان الورثة لمن حصل له نزاع أو نزعت ملكيته من الورثة في دفع تعويض مالي يساوي قيمة العين التي حرم منها وقت نزع الملكية . ويتحمل جميع الورثة حسب أنصبائهم هذا التعويض بما فيهم هذا الوارث الذي لحقه الضرر ، فيدفع كل واحد ما خصه باحتساب نصيب هذا الوارث وإسقاطه .

فإذا أفلس أحدهم أو كان في حالة عجز عن دفع نصيبه من التعويض قسم هذا النصيب بين المقتدرين بالتساوي ودفع منهم .

إبطال القسمة :

يصح إبطال القسمة وإلغاؤها للأسباب الآتية :

1 - نقص في شكل القسمة المقررة قانونًا .

2 - عدم الأهلية .

3 - غش أو إكراه أو غبن في القسمة . وأما الخطأ فلا تبطل به القسمة .

الغبن في القسمة : وجود الغبن في القسمة كسبب لإلغائها استثناء من قاعدة عدم الإلغاء ، وسبب هذا الإلغاء ضمان المساواة بين الورثة .

ولمعرفة الغبن يجب تقدير الثمن يوم القسمة للأعيان المدعى حصول الغبن فيها ، ودعوى الغبن تكون مسموعة في كل عمل شأنه إنهاء عدم القسمة الشيوعية في التركة قبل أي وارث .

والوارث الذي ملك كل أو بعض نصيبه بعد أن اكتشف الغبن فيه سقطت دعواه الغبن بعد ذلك ، وتسقط الدعوى بعد مضي عشر سنين .

وللمدعى عليه في دعوى الغبن إيقاف الدعوى بتكميله ما يدعى من نقص ، ودفعه له من طبيعة أعيان التركة أو قيمتها بما يساوي العجز المدعى به .

ونتيجة دعوى الغبن متى ثبت إلغاء القسمة فتعود التركة إلى حالة الشيوع ، ويكون أثر الحكم رجعيًا ، وتتملك الثمرات لواضع اليد حسن النية ، وترد من سيئ النية .

وليس لدائني المقتسمين الذين حصل لهم ضرر متعمد في حقوقهم حق استعمال دعوى (بولين) ، وفقط لهم الحق في حضورهم وقت القسمة ليحافظوا على حقوقهم من الضياع بسبب غش الورثة . وللورثة ولمن لهم حقوق ترتبت وقت شيوعية التركة الحق في هذه المعارضة بمعنى أنهم يطلبون حضورهم وقت القسمة . وتصح المعارضة في القسمة بعيدًا عنهم بإنذار ، أو بطلب للمحكمة ، أو بحجز العقار .

ونتيجة المعارضة إلزام الورثة المقتسمين إحضارهم معهم وقت القسمة ؛ فإن أهمل الورثة جاز طلب إلغاء القسمة بشرط إثبات لحوق الضرر بالدائنين . فإن لم تحصل معارضة من الدائنين كانت القسمة صحيحة ، ولا يجوز طلب إلغائها

لحصول ضرر للدائنين [1] .

بند [36] قسمة التركة

التشريع الإسلامي : التركة عقب الوفاة ملك للورثة المستحقين للوراثة بقدر أنصبة كل واحد ؛ فإذا كانت التركة بين أربعة بنين كانت ملكية كل واحد منها الربع مشاعًا . ومتى كانت التركة غير مقسومة فليس لواحد من الورثة الاستبداد في التصرف أيًّا كان فيها بدون إذن الباقين ، أو بطريق الوكالة عن الجميع ، وإلا كان تصرفًا في غير ما يملك ، فهو تصرف فضولي موقوف على إذن الورثة جميعًا .

ولكل وارث مهما صغر نصيبه طلب القسمة . فإن كانت ممكنة وجب المصير إليها إجابة لطلب الطالب . وإن كانت الأعيان لا تقبل القسمة ، أو القسمة تفسدها ، وجب بيعها وقسمة ثمنها .

ويجوز للورثة الاتفاق على عدم القسمة أي زمن يشاءون ؛ لأن القسمة من حقهم فيستعملون حقهم متى شاءوا ، ولا يستعملونه متى شاءوا بلا جبر على الترك أو الفعل [2] .

ولا يعمل بوصية المورث بعدم قسمة التركة ؛ لأن هذا ملك للورثة لا ملك للمورث ، ومجرد موته قطع الصلة بينه وبين ماله ؛ فأصبح للورثة وحدهم حق القسمة وعدمها . وليس لحق القسمة مدة محددة فهو حق ليس مقيدًا بزمن فيستعمل عند الحاجة إليه . ومتى لم تكن هناك حاجة إليه فلا يزول ولا يتقادم .

استعمال حق طلب القسمة :

استعمال حق طلب القسمة يكون لكل شخص يقاضي ويتقاضى ؛ يعني كامل الأهلية الشرعية في ذلك . وتفصيله :

---

(1) انظر : البنود من 815 إلى 842 في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 181 : 188 ومن 883 إلى 892 في الفصلين الرابع والخامس ص 196 : 198 .

(2) يقول ابن رشد : « والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطورئ عليها . وهي ثلاثة غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق . فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب » . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 . الشرح الصغير جـ 3 ص 267 . والقسمة فيما نصت عليه المادة 1038 مدني أردني « إفراز وتعيين الحصة الشائعة ، وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي . وقد تناولت المجلة العدلية أحكام القسمة في المواد 1114-1122 ، وكذا تناولت أحكامها المواد 834 - 849 مدني مصري ، والمواد 839 - 853 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(1) البالغ العاقل غير المحجور عليه ذكرًا أو أنثى ، متزوجة أو غير متزوجة ، يباشر حق طلب القسمة بنفسه أمام القضاء ، أو اتفاقًا بلا إذن من أحد ، سواء كانت القسمة مهايأة أو مراضاة أو قرعة ، ولا يشترط حضور أحد معه .

(2) الشخص عديم الأهلية لصغر أو سفه أو جنون يتولى القسمة عنه وليه بلا إذن من أحد ؛ لأن القسمة من مدلول ولايته كالبيع والشراء .. إلخ .

(3) الشخص الغائب العاقل غير المحجور عليه ذكرًا أو أنثى ، متزوجًا أو أعزب ، يتولى عنه وكيله إن كان له وكيل ، وإن لم يكن له وكيل تولى عنه الحاكم بنفسه أو عين من يقسم عنه ويقبل القسمة له .

ولا يتولى الزوجُ طلبَ القسمة عن زوجته إلا إذا كان وكيلًا عنها أو قَيِّمًا عليها أو وصيًّا ، حتى ولا يملك الحضور عنها في دعوى القسمة عليها إلا بتوكيلها له في الدفاع عنها ، وهو منها ، في أموالها وما يتعلق بها ، كالأجنبي سواءً بسواء [1] .

أشكال القسمة :

للقسمة ثلاثة أشكال تقع عليها :

أولًا : قسمة مهايأة : وهي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة متحد أو متعدد في زمن معين ، كخدمة عبد أو ركوب دابة مثلًا .

وهي لازمة متى تعين الزمن وكانت في منفعة ، وهي كالإجارة ، فلا تجوز في غلة للضرر . وهي لا تزيل أصل الشركة ، بل الشركة باقية فيما قسمت منفعته [2] .

---

(1) يقول الدردير : « وقسم عن المحجور لصغر أو سفه أو جنون وَلِيُّهُ ، وقسم عن الغائب وكيلُه إن كان له وكيل ، أو القاضي إن لم يكن وكيل . ولا يقسم عنه الأب إذا لم يكن وكيلًا عنه ولا ذو الشرطة من الأمراء ولا كأخ وعم إذا كنف صغيرًا بلا وصاية من أبيه . بخلاف ملتقط الصغير فإنه يقسم عنه مادام محجوزًا في كنفه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 276 . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 وما بعدها . وقسمة المهايأة كما جاء في المادة 846 مدني مصري تكون بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، كما أنها تكون باتفاق الشركاء على تناوب الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ، وذلك طبقًا لما جاء في المادة 847 مدني مصري وبهذا فإن قسمة المهايأة قسمة انتفاع ، لا قسمة ملكية ، وقد تكون زمنية طبقًا لما جاء في المادة 847 مدني مصري أو جزئية طبقًا لما جاء في المادة السابقة.عليها . وقد تناولت المادتان 1174 ، 1176 من المجلة العدلية أحكام هذا النوع من القسمة .

(2) ولزمت قسمة المهايأة كالإجارة في تعيين الزمن ، واللزوم . وشرط هذه القسمة أن تكون في منفعة كركوب وسكنى لافي غلة ، أو كراء كأن يأخذ كل منهما كراء الدابة ، أو الدار مدة معينة الشرح الصغير (268/3) .

ثانيًا : قسمة مراضاة : وهي أن يتراضى المقتسمون على أن يأخذ كل واحد شيئًا من المشترك بينهم يرضى به بلا قرعة .

فهي لازمة ، كالبيع ، ويجوز فيها الخيار [1] ، وليس لأحدهم ردها إلا بتراضي الجميع ، وهي تزيل أصل الشركة .

ولا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلا مقومًا ، وإلا جاز الرد بالغبن ما لم يطل الزمن ، وإلا فلا رد ، اتحد الجنس أو اختلف ، كان المقسوم عرضًا أو دينًا .

ثالثًا : قسمة قرعة : وهي تمييز حق في مشاع بين الشركاء - لا بيع - فيرد فيها بالغبن ولا بد فيها من مقوم ، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ، وإلا فيفرد كل نوع أو صنف ليقسم على حدة [2] .

فإذا لم يمكن قسمه ذاتًا أو كان يفسده القَسْمُ بيع وقسم ثمنه ، ويقسم العقار والمقوم بالقيمة لا بالمساحة والعدد إن لم تتساو في القيمة [3] .

وكفى قاسم واحد بخلاف المقوم فلا بد من تعدده .

فقسمة المهأياة وقسمة المراضاة تكونان اختياريتين ، وقسمة القرعة تكون جبرًا . والقسمة الجبرية تكون بتدخل القضاء فيما يأتي :

أولًا : متى وجد قاصر في المستحقين ، وقد نص في الحطاب على ما يأتي :

(1) إذا كان الصغير متحدًا وشريكه كبيرًا أو أجنبيًا فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف .

(2) إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيرًا ؛ فإن كان الصغير مشتركًا جاز القسم

---

(1) وجاز خيار أحدهما ، أو خيارهما معا كالخيار في البيع . الشرح الصغير (269/3) .

(2) يقول الدردير : « وهي أي القسمة أقسام ثلاثة مهايأة وهي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة شيء متحد أو متعدد كدارين أو عبدين كخدمة عبد وركوب دابة . القسم الثاني مراضاة بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئًا مما هو مشترك بينهما بلا قرعة كالبيع . القسم الثالث : قرعة أي قسمة وهي تميز حق في مشاع بين الشركاء لا بيع فلذا يرد فيها بالغبن فيفرد كل نوع أو صنف ليقسم على حدته » . الشرح الصغير جـ 3 ص 269 ، 270 . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 .

(3) ما لا يمكن قسمته كنخلة ، وعبد ، ودار صغرت ، وحمام بيع ، وقسم ثمنه . الشرح الصغير (270/3) . وهذا هو ما تناولته المادة 841 مدني مصري ، ونصها : « إذا لم تكن القسمة عينًا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطرق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » وهو نص المادة 874 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وهو ما تناولته المادة 1044 مدني أردني ، و 836 ، و 1073 عراقي .

أيضًا بلا خلاف ، وإن كان حظ كل واحد متميزًا فقيل : بالجواز ، وقيل : بالكراهة .

(3) فإن كان القسم بين الصغار فقط فقيل : يجوز من غير رجوع للحاكم ، وقيل : يكره (يعني إن وقع صح) ، وقيل : يمنع ، ولابد من مطالعة الحاكم . والمعتمد أن الوصي لا يقسم على الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الأمام فيقسم بينهم إذا رآه نظرًا .

(4) وإن كان القسم بين الأب وبنيه ، أوبين الوصي ومحجوره ، فقيل : يقاسم الأب أو الوصي مع الأجانب ، وأما مع الوصي أو الأب نفسه فليرفع إلى القاضي .

وإذا قاسم للصغير أبوه فحابى لم تجز محاباته في ذلك ، ولا هبته ، ولا صدقته في مال ابنه الصغير ، ويرد ذلك إن وجد ولم تفت عينه وكان الأب موسرًا ، فإن فات ذلك ضمنه الأب .

ثانيًا : إذا وجد في الورثة غائب ، وليس له وكيل ، وكان بالغًا عاقلًا رشيدًا قسم عنه القاضي ، ولا يقسم عنه أبوه ولا أمه إلا إذا كانا وكيلين عنه . فإن كان لهذا الغائب وكيل تولى القسمة عنه دون القاضي .

ثالثًا : إذا اختلفت الورثة وكانوا كلهم بُلَّغًا تعين القضاء بينهم متى طلب أحدهم ذلك ، وأجبر الممتنع من القسمة عليها إن انتفع كل منهم بما ينُوبُه .

وقسمة القرعة وقسمة المراضاة نهائيتان ، بمعنى أنهما تضعان حدًّا للملكية المشتركة . وأما قسمة المهايأه فهي قسمة المنفعة فقط مع بقاء الملكية المشتركة .

وقسمة المنفعة تمنع أطرافها من طلب قسمة القرعة أو المراضاة إلا بتراضيهم جميعًا متى كانت مؤقتة بمدة محددة ؛ لأن عقدها ملزم متى استوفت شروطها ووقع عقدها صحيحًا ، وإلا فلكل واحد من المقتسمين جواز طلب القسمة النهائية في كل وقت [1] .

طرق القسمة :

طرق القسمة مذكورة بإيضاح وبيان ليس بعدهما زيادة لمستزيد في باب القسمة . فمن أرادها فليرجع إذا شاء فلا لزوم لنقلها هنا .

كيفية تقسيم أقسام التركة :

يتبع المورثون طرقًا حسابية ثابتة لتقسيم التركة كالآتي :

أولًا : تعتبر الفروض المقدرة في كتاب الله ستة : النصف ، والربع ، والثمن ،

(1) راجع الشرح الصغير جـ 3 ص 269 ، وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 .

والثلثان ، والثلث ، والسدس [1] .

ويعتبر أصل العدد هو الذي يخرج منه سهام الفريضة صحيحًا وهي سبعة : اثنان ، وأربعة ، وثمانية ، وثلاثة ، وستة ، فهذه خمسة أصول إلى ستة فروض باتحاد مخرج الثلثين ، والثلث ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون [2] .

فالنصف مخرجه اثنان ، والربع من أربعة ، والثمن من ثمانية ، والثلث والثلثان من ثلاثة ، والسدس من ستة ، وما بقي مركب [3] منها [4] .

ثانيًا : متى عرفت هذه الأصول وأردت تقسيم التركة فانظر في الأصول ، ولا يخلو حالها من أربعة أحوال : التماثُل ، التوافُق ، التبائُن ، التداخل .

(1) التماثل والتوافق : ففي التماثل يؤخذ أحد المتماثلين ، وتقسم التركة بمقتضاه كزوج وأخت ، فكل له النصف ومخرجه من اثنين فأصل التركة منهما ، وتصح فكل له واحد .

والتوافق : هو قبول العدد القسمة على عدد آخر . وفيه تضرب العدد الآخر في قدر توافق كل منهما ، وذلك كزوجة وأم وولد . فالزوجة لها الثمن من ثمانية ، والأم لها السدس من ستة ، فأصلهما ثمانية وستة ، وكل منهما يقبل القسمة على اثنين ، وهذا معنى التوافق بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فتكون من أربعة

---

(1) الفروض ستة النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . الشرح الصغير (195/4) .

(2) الأصول سبعة اثنان ، وضعفها أربعة ، وضعف ضعفها ثمانية ، وثلاثة ، وضعفها ستة ، وهذه الأصول الخمسة هي مخارج الفروض الستة في كتاب اللّه تعالي . واثنا عشر ضعف الستة ، وأربعة وعشرون ضعف الاثنى عشر . الشرح الصغير (205/4) .

(3) النصف مخرجه من اثنين ، فإن كانت فريضة فيها نصفان فمن اثنين . والربع مخرجه من أربعة ، فالأربعة أصل لكل فريضة اشتملت على ربع ، وما بقي ، كزوج ، وابن ، أو ربع ، ونصف ، وما بقي كزوج ، وبنت ، وأخ ، أو ربع ، وثلث ما بقي كزوجة ، وأبوين . والثمن مخرجه من ثمانية فالثمانية أصل لكل فريضة فيها ثمن . والثلث مخرجه من ثلاثة فهي أصل لكل فريضة فيها ثلث فقط كأم ، وعم ، أو ثلث ، وثلثان ، أو ثلثان وما بقي . والسدس من ستة ، والربع والثلث ، أو الربع والسدس ، أو الربع والثلثان ، أو الربع مع النصف والسدس مخرجه من اثني عشر . والثمن ، والسدس من أربعة وعشرين « انتهى ملخصًا الشرح الصغير (2606/4 ، 207) .

(4) يقول الدردير [والفروض ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس] . الشرح الصغير جـ 4 ص 199 . بداية المجتهد جـ 2 ص 238 وما بعدها . الكافي لابن عبد البر ص 555 وما بعدها . والهدف من البحث عن أصل المسألة هو تحويل كسور الفروض إلى أعداد صحيحة ، ليتيسر معرفة أنصباء الوارثين بالتعصيب ولمعرفة عول المسألة أوردها ولتحديد قيمة كل سهم بقسمة مقدار التركة على مجموع السهام أو الأرقام الصحيحة ، طبقًا لما يعرف في علم الميراث .

وعشرين وتصح ؛ فللأم السدس أربعة ؛ وللزوجة الثمن ثلاثة ؛ والباقي للولد تعصبيًا .

(2) التباين : فيضرب كامل أحدهما في الآخر كزوجة وإخوة لأم وعم . فللزوجة الربع من أربعة ، وللإخوة لأم الثلث من ثلاثة ، وأربعة وثلاثة متباينان فتضرب ثلاثة في أربعة = 12 اثني عشر . ومنها تصح . فللزوجة ثلاثة ، وللإخوة لأم أربعة والباقي للعم .

(3) التداخل : وهو أن يكون العدد الأكبر شاملًا للأصغر ، كبنت وبنت ابن وعم . فالبنت النصف من اثنين . ولبنت الابن السدس من ستة ، ولا شك أن اثنين تشملهما الستة .

فيكتفي بالأكبر الشامل . فالمسالة من ستة : للبنت ثلاثة ، ولبنت الابن واحد ، وللعم الباقي . هذا ما يتعلق بالفروض الأصلية والذي لا فرض فيها فأصلها عدد الرؤوس .

ثالثًا : بما أن أصحاب الفروض لا يسقطون بحال . وعلى هذا الأساس قد تزيد السهام عن أصل التركة حسب القواعد السابقة (في أولًا وثانيًا) فيقال في التركة عَوْلٌ أى زيادة ، وعالت التركة إذا زادت . فالعول هو زيادة في السهام ونقص في الأنصبة . والذي يعول من الأصول ثلاثة : الستة ، الاثنا عشر ، الأربع والعشرون [1] .

أولًا : الستة تعول أربع مرات :

(1) فتعول لسبعة بمثل سدسها ، وهي أول فريضة عالت في الإسلام كزوج وأختين ، فللزوج النصف من اثنين ، والأختان لهما الثلثان من ثلاثة ففيها تباين فيضرب كاملها في الآخر فيحصل ستة ، وبالقسم تنقص فتزاد واحدًا وهو العول فللزوج النصف ثلاثة ، وللأختين الثلثان أربعة [2] .

---

(1) يقول الدردير : « والمراد بالأصل العدد الذي يخرج منه سهام الفريضة صحيحًا سبعة اثنان وضعفهما أربعة وضعف ضعفهما ثمانية ، وثلاثة ضعفها ستة وهذه الأصول الخمسة مخارج الفروض الستة في كتاب الله .. ثم بين باقي الأصول وأنها تماثل تباين تداخل » . الشرح الصغير جـ 4 ص 209 ، 210 . بداية المجتهد جـ 2 ص 238 وما بعدها .

(2) فتعول الستة أربع عولات متواليات ، فهي تعول إلى السبعة بمثل سدسها كزوج ، وأختين شقيقتين ، أو لأب للزوج النصف ثلاثة ، وللأختين الثلثان أربعة ، وهذه أول فريضة عالت في الإسلام . الشرح الصغير (908/4) .

(2) وتعول لثمانية بمثل ثلثها ، كزوج وأختين وأم ، فللزوج النصف ، وللأختين الثلثان ، وللأم السدس . فالنصف والثلث داخلان في السدس ؛ فهي من ستة ولا تصح ، فتعول لثمانية ومنها تصح . فللزوج ثلاثة وهو النصف ، وللأختين أربعة وهو الثلثان ، وللأم واحد وهو السدس [1] .

(3) وتعول لتسعة بمثل نصفها ، كزوج وأختين وأم وأخ لأم ، فللزوج نصف من اثنين ، وللأختين ثلثان من ثلاثة ، وللأم السدس من ستة ، وللأخ للأم السدس من ستة . فالاثنان والثلاثة داخلان في الستة ، والستة أحد المتماثلين فنأخذ ستة فقط فلا تفي ذوي الفروض فتعول إلى التسعة ومنهما تصح . فللزوج النصف ثلاثة . وللأختين الثلثان أربعة ، وللأخ لأم السدس واحد وللأم كذلك .

(4) وتعول لعشرة بمثل ثلثيها ، كزوج ، وأختين ، وأم ، وإخوة لأم . فنصف للزوج وهو اثنان ، وثلثان للأختين من ثلاثة ، وثلث لإخوة الأم ، واثنان وثلاثة داخلان في مخرج سدس الأم وهو ستة فهي من ستة ، ولا تصح فتعول إلى عشرة للزوج ثلاثة ، وللأختين أربعة ، وللأم واحد ، وللإخوة للأم اثنان [2] .

ثانيًا : الاثنا عشر تعول ثلاث عولات :

(1) إلى ثلاثة عشر بمثل نصف سدسها كزوجة وأم وأختين لغير أم ، فللزوجة الربع من أربعة ، وللأم السدس من ستة ، وللأختين الثلثان من ثلاثة ، وبين الثلاثة والستة تداخل فتبقى الستة وبينها وبين الأربعة توافق بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر ، فتكون اثني عشر ولا تصح ، فتعول إلى ثلاثة عشر ، فللزوجة الربع ثلاثة ، وللأم السدس اثنان ، وللأختين الثلثان ثمانية .

(2) وتعول إلى خمسة عشر بمثل ربعها كزوج وأبوين وبنتين ، فللزوج الربع من أربعة ، ولأحد الأبوين السدس ، ويستغنى بأحد السدسين للتماثل فهو من ستة ، وللبنتين

---

(1) وتعول الستة لثمانية ، فتكون عالت بمثل ثلثها ؛ لأنها عالت باثنين كزوج ، وأختين مع أم . للزوج النصف ثلاثة ، وللأختين أربعة ، وللأم السدس واحد . الشرح الصغير (209/4) .

(2) وتعول الستة لتسعة بمثل نصفها ، فيكون نقص كل واحد ثلث ما بيده ، كزوج ، وأختين مع أخ لأم ، وتعول الستة لعشرة بمثل ثلثيها ، فينقص كل واحد مما له خمسان من نسبة أربعة لها بعولها . الشرح الصغير (209/4) .

الثلثان من ثلاثة فالثلاثة تدخل في الستة فيبقى أربعة وستة بينهما توافق بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فيحصل اثنا عشر ولا تصح ، فتعول إلى خمسة عشر : للزوج ثلاثة ، ولكل من الأبوين اثنان ، وللبنتين ثمانية فالجملة خمسة عشر ، ومنها تصح ؛ فللأم اثنان ، وللأب اثنان السدس ، وللبنين ثمانية الثلثان ، وللزوجة ثلاثة الربع .

(3) وتعول إلى سبعة عشر بمثل ربعها وسدسها ، كزوجة وأم وولديها وأخت شقيقة وأخت لأب ، فللزوجة الربع من أربعة ، وللأم السدس من ستة ، ولولدي الأم الثلث من ثلاثة ، وللأخت الشقيقة النصف من اثنين ، وللأخت للأب السدس من ستة ، فالثلاثة والاثنان داخلان في الستة ، ويستعاض بأحد الستتين عن الأخرى فتبقى أربعة ، وستة متوافقتين بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فتكون اثني عشر ، ولا تصح ، فتعول إلى سبعة عشر ومنها تصح ، فاثنان للأم السدس ، والثلث لولديها أربعة ، والربع للزوجة ثلاثة ، وللأخت الشقيقة ستة النصف ، والتي للأب اثنان السدس [1] .

ثالثًا : الأربعة والعشرون تعول مرة واحدة بمثل ثمنها إلى سبعة وعشرين كزوجة وأبوين وبنتين [2] ، فللزوجة الثمن من ثمانية ، ولكل من الأبوين السدس من ستة ، وللبنتين الثلثان من ثلاثة ، فالثلاثة داخلة في الستة فيكتفي بها ، والستة والثمانية متوافقتان بالأنصاف فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فيحصل أربعة وعشرون وتعول لسبعة وعشرين فللزوجة الثمن ثلاثة ، وللأبوين الثلثان ستة عشر فالجميع سبعة وعشرون ، وهذا القدر كاف في معرفة تقسيم التركات ، ومن أراد الزيادة فليرجع إلى أبواب الميراث يجد فوق ما يطلب [3] .

---

(1) وتعول الاثنا عشر ثلاث عولات ؛ فتعول لثلاثة عشر بمثل نصف سدسها ، وتعول لخمسة عشر ، وتعول لسبعة عشر . الشرح الصغير (4/209 ، 210) .

(2) وتعول الأربعة ، والعشرون عولة واحدة لسبعة وعشرين كزوجة ، وأبوين ، وبنتين وهي المنبرية التي سئل فيها علي بن أبي طالب وهو على المنبر فأفتى على الفور بأن الثمن يصير تُسْعًا . الشرح الصغير (4/210) .

(3) يقول الدردير [وإن زادت الفروض أي سهام الورثة على أصلها أي أصل المسألة الفروض أي زيد فيها بأن تجعل الفروض بقدر السهام فهي عائلة والعائل من الأصول السبعة المتقدمة ثلاثة أما الأربعة الباقية فلا تعول وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية . الشرح الصغير جـ 4 ص 212 ، 232 . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

التصديق على القسمة :

القسمة متى تمت وعرف كل مقاسم حقه فلا داعي لتصديق القاضي ؛ لأنها إن كانت مهايأة أو تراضي فهي اختيارية ابتداء وإلزامية انتهاء متى وقعت صحيحة كما سبق .

وأما القرعة فهي كما تقع اختيارية تقع إجبارية ونتيجتها ملزمة قطعًا فلا داعي للتصديق عليها ؛ لأنها ستقع بأمر القاضي أو بواسطة أعوانه ، فمتى سجلها فقد لزمت المتقاسمين فيأخذ كل واحد ما خرج له في سهمه من الأعيان والمقومات مثلًا .

نتيجة القسمة المظهرة [1] :

مادامت التركة مشاعة فكل وارث يملك نصيبه مشاعًا [2] في جميع أعيان التركة ؛ فكل تصرف من أحد الورثة على عين بذاتها غير نافذ إلا إذا سمح به الجميع ، فهو تصرف في غير ملكه فهو غير نافذ إلا بإذن الجميع [3] . فإن تمت القسمة فقد ظهر ملك كل واحد منفردًا على حدة وتصرفه في أعيانه نافذ لا يتوقف على إجازة أحد ، فالقسمة مظهرة لتحديد النصيب لاموجدة للملكية . فالملكية موجودة بالفعل من وقت تلقي الميراث وهو وفاة المورث .

ونتيجة أن قسمة التركة إظهارية تنطبق على جميع أعيان التركة عقارًا ومنقولًا ، ولا تمنع التضامن بينهم في سلامة الملكية للجميع .

---

(1) القسمة مظهرة لحقوق الشركاء ، بمعنى أنها كاشفة عن حق كل شريك في تملك نصيبه المفرز من وقت نشوء حقه في الملك الشائع . وهذا النظر مجرد افتراض لا يتفق مع الواقع وقيام الشيوع قبل حدوث القسمة . وقد ظهر هذا الرأي في الفقه الحديث . أما الفقه الإسلامي فينظر إلى القسمة على أن لها أثرًا مزدوجًا ، فهي كاشفة وناقلة ؛ ففي بدائع الصنائع أن القسمة عبارة عن « إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض .. فإذا قسمت العين بينهما نصفين فلابد أن يجتمع في نصيب كل واحد أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع ... فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض ، وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة .. والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه .. البدائع 17/7 . وهو ما نصت عليه المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية . انظر المذكرة الإيضاحية من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية المادة 849 .

(2) قاعدة : مادامت التركة مشاعة فكل وارث يملك نصيبه مشاعًا .

(3) جاءت المادة 884 من القانون المدني المصري بمنع أي وارث من التصرف في مال التركة أو استيفاء ما للتركة من ديون قبل الغير ، أو أن يجعل دينًا عليه قصاصًا بدين التركة .

وهو ما تناولته المادة 964 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 1095 مدني أردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 399 .

وعلى هذا فالتصرفات العقارية التي تمت قبل القسمة على بعض أعيان التركة غير ملزمة لبقية الورثة لاشتراكهم في الملكية ، والتصرفات التي تتم بعد القسمة صحيحة وسارية على نصيب من تصرف فقط .

ضمان الأنصبة :

الملكية المشتركة في الميراث تقتضي سببًا واحدًا في ثبوتها وهو تلقي الملك عن المورث ؛ فلو طرأ ما ينقض هذه الملكية كان ذلك ساريًا على جميع المستحقين كلٌ حسب نصيبه ، من هنا جاء الضمان . وضمان سلامة الأنصبة بين الورثة يأتي من أن القسمة إنما تكون للتركة التي تملك ، وبما أنه قسم بينهم ما ليس بتركة ، أو قسم بينهم ما يختص به غيرهم ؛ فكان لزامًا على كل واحد الاشتراك في الضمان بقدر ما أصاب في التركة [1] .

وعدم سلامة أسهم الورثة يأتي من :

أولًا : ظهور دين على الميت أو استحقاق مبيع من سلعة : فيرجع الغريم أو من استحقت من يده السلعة على كل بما يخصه في الحصص ، ولا يأخذ مليئًا عن معدم ولا حاضرًا عن غائب إذا لم يعلموا بالدين الذي على الميت ، وإلا أخذ المليء والحاضر والحي عن المعدم والغائب والميت .

ثانيًا : ظهور وارث أو موصى له : فيرجع الطارئ على كل من الورثة أو الموصى لهم بما يخصه فقط ؛ فلا يأخذ مليئًا أو حاضرًا أو حيًّا عن معدم وغائب وميت ما لم يكن الورثة يعلمون بالطارئ ، وأقبضوا الغرماء أو اقتسموا التركة [2] .

وإن اشتهر ميت بدين أو علم به الوارث وأقبض الغرماء الحاضرين رجع الطارئ

(1) تضمنت المادة 904 مدني مصري النص على سريان القواعد العامة المقررة في القسمة بشأن قسمة التركة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المقاسم ، وهو ما جاء في المادة 983 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1114 مدني أردني . أما ضمان المتقاسمين بوجه العموم ما قد يقع في النصيب الذي اختص به أحدهم من تعرض أو استحقاق فقد بينته المواد 844 مدني مصري والمادة 851 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1125 من المجلة العدلية ، ونصها : « شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة ، فإذا ظهر المقسوم بعد القسمة مستحقًّا بطلت ، وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه .. كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصته بطلت القسمة والباقي مشترك بين أصحاب الحصص .. » .

(2) وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة ، وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم ، فلا تنتقض القسمة به ، وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك كيلًا أو موزونًا . بداية المجتهد (405/2) .

عليه بما ثبت له ، لتفريطه واستعجاله كما لو قبض لنفسه ، ثم رجع هو على الغريم الذي قبض منه ، وللطارئ الرجوع على الغريم فهو مخير .

ثالثًا : ظهور غريم بعد أن اقتسم الورثة التركة : فيأخذ الغريم المليء والحي والحاضر عن المعدم والميت والغائب ، مالم يجاوز دين الطارئ ما أخذ من التركة لنفسه ، فإن جاوز لم يؤخذ منه إلا ما قبضه .

وبذلك يكون قد أصاب سهْمَ الوارث نقص أو محو . وبما أن جميع الورثة متضامنون في سلامة ملكية ما ورثوا بالعدل والمساواة حسب أنصبائهم فيتبع ما يأتي فيما بينهم :

- إذا وقع الاستحقاق في شائع ينقض القسم ، واتبع المستحق كل وارث بقدر ما أصاب من حقه ، ولا يتبع المليء دون المعدم .

- وإن استحق نصيب أحدهم بعينه ، فإن استحق جميعه ، رجع فيما بيد شريكه ، كأن الميت لم يترك غيره .

- إن استحق بعضه فثلاثة أقوال لابن القاسم :

(1) ينقض القسم كله إن كان المستحق كثيرًا ، وإن كان يسيرًا رجع بقيمته .

(2) أو يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده ، بقدر نصف ذلك قليلًا أو كثيرًا .

(3) أو ينقض في الكثير ، ويرجع في اليسير شريكًا [1] .

ولو ظهر عيب في جُلِّ نصيبه ولم يفت الباقي فله رد الجميع في القسمة ، فإن فات ما بيد صاحبه رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما [2] .

والتشريع الإسلامي هنا جعل الضمان شاملًا في الاستحقاق وظهور العيب وظهور دين أو وارث .. إلخ ، فهو عدل يقتضيه التشريع السليم ، والمشرع الوضعي نفى

---

(1) حكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرًا ، وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكًا فيما في يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه ، وإن كان يسيرًا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . بداية المجتهد (404/2) .

(2) وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه ، أو في أقله ، فإن وجده في جُلِّ نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات ، أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد العيب نصيبه على الشركة ، وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة ، وعادت الشركة إلى أصلها . وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط . بداية المجتهد (404/2) .

الضمان في حالة ظهور عيب في نصيب أحد الورثة وهو بعيد عن الصواب ؛ لأن الورثة ضامنون متضامنون في سلامة ملكية نصيب كل وارث ، على وجه يحقق العدل بينهم ، وظهور العيب في نصيب واحد يدل على تمايز أصحاب النصيب السليم على هذا المعيب ، والفرض أنه يجب التساوي بينهم كل حسب نصيبه .

وبما أن التضامن بين الورثة شرع لحفظ سلامة الملكية بينهم ، كلٌّ حسب نصيبه بالعدل ، لكي لا يفوز أحدهم بمغنم ويتحمل الآخر مغرمًا ، فتكون عدالة عرجاء .

فإن كانت القسمة بالتراضي واشترط كل واحد عدم الرجوع على الآخر بما يظهر فليس الشرط صحيحًا ؛ لأن البائع لو اشترط نفي العهدة عنه كان الشرط باطلًا ، ورجع المشتري عليه بما يظهر من العيوب المستترة والقسمة بالتراضي كالبيع .

ولا يعمل بهذا الشرط أيضًا في قسمة القرعة ؛ لأن هذا الشرط وهو التضامن شرع لحفظ العدالة بين المتقاسمين .

ويتحقق ضمان الورثة لسلامة ملكية الجميع في نقص القسمة كما سبق تفصيله قبل ذلك بأسطر في قولنا : « ثالثًا : ظهور غريم بعد أن اقتسم الورثة التركة .. إلخ » ومتى نقضت القسمة قسمت في الباقي .

وشرط نقض القسمة ما يأتي :

أولًا : أن لا يطول الزمن فيحصل تغيير وفوْت .

ثانيًا : أن لا يحصل بناء أو هدم أو أي تصرف شرعي في نصيب الورثة . فإن حصل ذلك فالضمان يكون في تكميل ما نقص للوارث بعد تقويم الأنصبة بما فيها نصيب المنكوب وتعويضه ، مع احتساب ما خصه في نصيبه من الخسارة والمكسب .

وضمان نصيب الغائب المعزول له إن عزله الحاكم أو نائبه لا من الحاكم ولا من المديان إذا كان المعزول من جنس دينه وإلا فمن المديان ، وإن عزله الورثة أو الغرماء فضمانه من المديان .

والعين الذهب أو الفضة الموقوفة للغرماء فضاعت ضمانها منهم لا إن كان الموقوف عرضًا ، وهو ما قابل العين فضمانه من المديان إلا أن يكون العرض مماثلًا فضمانه من الغريم .

إبطال القسمة :

يصح إبطال القسمة للأسباب الآتية : طرو مستحق ، أو استحقاق عين من أعيان

التركة بعد القسمة كما سبق ، وعدم أهلية المقتسم ، والغش ، والإكراه ، والغبن [1] .

وعدم أهلية المقتسم لمباشرة القسمة تقدم هنا في هذا الفصل ، فلو لم يكن المباشر للقسمة المستحق للنصيب أهلًا ، كانت القسمة موقوفة في الصغير والسفيه وباطلة في المجنون .

وأما الغش والإكراه فيتنافيان مع الإرادة الكاملة في قسمة التراضي والمهايأة فلا تكون كل منهما صحيحة ، وكذا قسمة القرعة ؛ لأنه يشترط في صحتها خلوها من غش وإكراه ككل العقود الملزمة .

وأما الغبن في القسمة أو دعوى الجور أو الغلط من القاسم فيها فإن تفاحش وظهر ظهورًا بينًا أو ثبت ما ذكر ببينة نقضت القسمة ورد للصواب . وإن لم يتفاحش أو لم يثبت حلف المنكر ، فإن حلف بعدم حصول جور أو غلط فلا تنقض . فإن نكل أعيدت بشرط أن لا يطول الزمن كسنة ، أو تمضي مدة تدل على الرضاء بما وقع ، وإلا فلا كلام للمدعي ، ولا تنقض القسمة ولو قام بالقرب وبشرط أن لا تفوت الأملاك بهدم أو بناء أو غير ذلك من وجوه الفوات . وإلارجع في ذلك للقيمة يقتسمونها .

ولمدعي الغبن متى أثبته المصالحة بما يعوض عنه ما نقص من نصيبه كما يرى من مصلحته بشرط أن لا تخالف نصًا معمولًا به أو ممنوعًا شرعًا . ونتيجة دعوى الغبن إلغاء القسمة متى ثبتت الدعوى فتعود التركة إلى حالة الشيوع إن لم يكن حصل في أعيانها فترجع إلى حالة التقويم يوم القسمة لا يوم ثبوت الغبن . ويعاد تقسيم القيمة بين الورثة . والمفوتات في العقار والمنقول قد سبقت في مفوتات المبيع فارجع إليها إن شئت . وسبق القول أن الوارث لا يدفع دين التركة أزيد مما ورثه [2] ؛ لأن التزامات المورث لا تتعدى تركته فليس لدائني الوارث الحضور وقت القسمة ، ولا اعتراض لهم عليها ؛ لأن هذا الدائن يتبع مدينه ورث أم لم يرث . فإن تبرع مدينه لسداد دين مورثه كان لدائن الوارث منعه ؛ لأن التبرع ممنوع متى لم يكن في ماله سعة للسداد وإلا فلا شأن له . فإن تصرف الورثة في أنصبائهم بعد القسمة ببيع أو رهن أو أي تصرف أخرج الملكية أو رتب عليها حقوقًا فيجب احترام هذه الحقوق . ويعتبر هذا

---

(1) جاء في بداية المجتهد قوله : « القسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها ، والطوارئ ثلاثة : غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق . بداية المجتهد (404/2) .

(2) قاعدة : الوارث لا يدفع دين التركة أزيد مما ورثه .

التصرف صحيحًا ومفوتًا لرد الأعيان التى تصرف فيها الوارث فتقوم بقيمتها يوم القسمة ؛ لأن تصرف الوارث في هذه الأعيان كان تصرفًا صحيحًا فيما يملك . ومن تصرف له أو تعاقد معه عليها كان تعاقده صحيحًا ؛ لأنه واثق من ملكية من تصرف معه فيجب احترام هذا التصرف . ولكن نظرًا للضرر الذي أصاب من وقع عليه الغبن تعين إزالة الضرر بتقدير القيمة وقسمتها مع حفظ آثار هذه التصرفات .

وليس لمن تعاقد معهم الوارث بعد القسمة في نصيبه قبل الرد بالغبن أي اعتراض أو طلب حضور ؛ لأن حقوقهم محفوظة محترمة [1] .

(1) راجع الشرح الصغير جـ 4 ص 232 ومابعدها .

الكتاب الثالث

بند [37] الهبة والوصية

القانون الفرنسي : نظرة ابتدائية : أشكال مختلفة في التصرفات بدون مقابل ، القانون المدني لا يعرف من هذه التصرفات إلا تصرفين :

(1) الإعطاء بين الأحياء (هبة) .

(2) الإعطاء بعد الوفاة (وصية) .

الهبة : هي عقد به يتجرد شخص حالًا بدون رجعة من حق عيني أو التزام متعاقد عليه مع شخص آخر يقبل ذلك ، فالأول معطي ، واهب ، والثاني معطًى أو موهوب له . وللهبة ثلاثة شروط :

(1) الهبة يجب أن تكون عقدًا اختياريًّا فلا يكفي نية الإعطاء ، ولابد من قبول الموهوب له .

(2) الهبة عقد بلا مقابل ؛ لأن الموهوب له يتلقى الهبة بدون أن يعوض الواهب شيئًا .

(3) الهبة عقد علني ، يتحتم فيه التحرير بمعرفة مسجل العقود .

الأسس التي يُبنى عليها العطاء (الهبة) :

أولًا : تجرد الواهب من ملكية العين الموهوبة : ويتم بنقل ملكية العين الموهوبة ، أو تسليمها إلى الموهوب له ، أو التزام الواهب بشيء قبل الموهوب له ، أو إيجاد حق عيني ، وغير ذلك لا يكون هبة .

ثانيًا : إيسار الموهوب له : فيزيد ماله بما نقل إليه ودخل من مال الواهب من حقوق عينية أو ترك التزامات مثلًا .

ثالثًا : يكون تجرد الواهب ويسار الموهوب له بدون رجوع : بمعنى أن الهبة متى تمت بشروطها لا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب فقط .

رابعًا : نية الإنعام : الهبة تتضمن إرادة الواهب الإحسان إلى الموهوب له لانتفاعه من الهبة [1] .

بند [38] الهبة

التشريع الإسلامي : التصرفات التي بدون مقابل لها عدة أسماء ومسميات فقد

(1) انظر : البنود 893 ، 900 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 198 ، 200 .

تكون وقفًا ، وقد تكون صدقة ، وقد تكون هبة ، وقد تكون عُمرى وعارية ، وكل هذه تصرفات بلا مقابل ؛ فالوقف تنازل عن عين لتكون وقفًا لا تباع ولا تشرى مؤبدة [1] (مذهب أبي حنيفة) على أن يصرف ريعها على جهة معينة أو شخص يتداول ذلك بين الموقوف عليهم طبقة بعد طبقة حتى ينتهي إلى جهة بر لا تنقطع ، فعين الوقف باقية أبدًا ، والاستحقاق يكون في الثمن أو الغلة .

والصدقة تمليك عين للمتصدق عليه احتسابًا لثواب الآخرة ناجزًا .

والهبة تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطى [2] . والعُمرى إسكان شخص دارًا مثلًا مدة حياته ثم تعود لورثة المعمِّر ، والعارية إعطاء ذات لشخص لينتفع بها مدة معينة [3] ، ثم يردها للمعير [4] بلا مقابل [5] .

(1) الوقف ، ويعبر عنه بالحبس ، وهو جعل منفعة مملوك ، ولو كان مملوكًا بأجرة أو جعل غلته لمستحق بصيغة مدة مايراه المحبس . الشرح الصغير (336/3) .

(2) جاء تعريف الهبة في المادة 486 من القانون المدني المصري . التي تنص على مايأتي :

1 - « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض » .

وهو ما جاء في المادة 601 من التقنين العراقي ، ونصها أن « الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض » .

وكذا المادة 557 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض » .

وهو ما جاء كذلك في المادة 524 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « الهبة عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 159 ، 160 .

(3) جاء تعريف العارية في المادة 635 مدني مصري ، ونصها أن : « العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئًا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال » .

وهو ما عرفتها به المادة 632 من مشروع المدني طبقًا للشريعة والمادة 760 من التقنين الأردني التي تنص على أن « الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » .

وهو ما جاء في المادة 847 من التقنين العراقي . والمادة 649 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 232 .

(4) الهبة : تمليك من له التبرع ذاتًا تنتقل شرعًا بلا عوض لأهل ، أو مستحق بصيغة صريحة ، أو ما يدل على التمليك ، ولو معاطاة .

- العمرى : تمليك منفعة شيء مملوك عقارًا ، أو غيره كفرس ، حياة المعطي بغير عوض ، وذلك مثل أن يقول : أعمرتك هذه الدار أو جعلت هذه الدار لك عُمْرَى ، أو عمرك أو حياتك أو حياتي ، فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي . فهذا كله هبة ، والدار للمعْمَر له حياته ، ولورثته بعد وفاته لصحة التمليك والتوقيت باطل ، لقوله ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها فإن من أعمر شيئًا فإنه لمن أعمره « أي الموهوب له . وقد روى البخاري ومسلم : « العمرى لمن وهبت له » .

- الإعارة : تمليك منفعة مؤقتة بزمن ، أو فعل نصًا ، أو عرفًا بلا عوض .

تنظر هذه التعريفات في الشرح الصغير ، الجزء الثالث . صفحات 230 ، 339 ، 348 .

(5) يقول الدردير [الهبة تمليك من له التبرع ذاتًا تنتقل شرعًا بلا عوض والتمليك لثواب الآخرة صدقة] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 . بداية المجتهد جـ 2 ص 327 وما بعدها . الكافي لابن عبد عبد البر ص 528 .

فكل هذه تصرفات قبل الموت بلا مقابل . غير أن الوقف قد يجوز أن يكون مبدؤه بعد الموت ، والوصية كذلك تكون بعد الموت . والفرق بينهما أن الوقف يكون لعين ثمرتها تكون لجهة بر وخير مع بقاء العين ، والوصية تمليك لشيء مضافًا لما بعد الموت .

فالهبة هي عقد تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطى ، فإن كانت لثواب الآخرة فهي صدقة . وأما تمليك المنفعة فهو وقف أو عارية إن قُيِّد بزمن ولو عرفًا ، وإما عُمرى إن قُيد بحياة المعطي في دار ونحوها . فأركان الهبة أربعة :

1 - واهب : وهو من له التبرع ممن لا حجر عليه ، وهبة السكران والمجنون والصبي باطلة ، وهبة المدين والمريض والزوجة موقوفة على إجازة الدائن والورثة والزوج [1] .

2 - وموهوب له : وهو كل حي يمكنه التملك والحوز ، ولا تتم الهبة إلا بالحيازة ؛ فالحيازة شرط في تمام الهبة ولو بلا إذن ، وأجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الحيازة قضاء [2] .

3 - وشيء موهوب : وهو كل مملوك للواهب ينتفع به شرعًا ، ويقبل النقل حسًا أو معنى . فلا تصح في ملك غير الواهب ، بخلاف بيعه . وقيل : تصح موقوفة على إجازة المالك . وتصح هبة الدين ولو لمن هو عليه وهو إبراء له فيلزم قبوله . ومن وهب ميراثه بعد وفاة مورثه لزمه بلا خلاف . وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى . وقيل : بعدم اللزوم . وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم وعدمه .

4 - الصيغة : وهي من الواهب : تكون قولًا كوهبت وأعطيت ، أو فعلًا كتسليم العين الموهوبة يدًا بيد ، وتكون من الموهوب له قبولًا : قولًا كقبلت ، أو فعلًا كتصرف في الهبة تصرف المالك [3] .

---

(1) اتفقوا على أن الواهب الذي تجوز هبته إذا كان مالكًا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة ، وحال إطلاق اليد . واختلفوا في حال المرض ، والسفه ، والفلس . أما المريض ، فقال الجمهور : إنها في ثلثه ، وقال بعضهم : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات . بداية المجتهد (485/2) .

(2) من شرط الموهوب له : أن يكون ممن يصح قبوله ، وقبضه ، وأما الشروط فأشهرها القبض . بداية المجتهد (488/2) .

(3) يقول الدردير [أركانها أربعة واهب وموهب له وموهوب ، وصيغة . شرط الأول أن يكون أهلا للتبرع وشرط الثاني أن يكون مملوكًا للواهب ، وشرط الثالث أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له فمتى وجدت الشروط صحت الهبة . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 الكافي لابن عبد البر ص 528 وما بعدها ، بداية المجتهد جـ 2 ص 327 .

فالهبة باعتبارها صادرة بين واهب وموهوب له تكون عقدًا اختياريًّا بلا عوض ، ونية الإعطاء لا بد أن تكون مقترنة بالقول أو بالفعل . ولكي تتم يجب فيها القبول . فالقبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن ، والحيازة شرط .

ولا يتعين التحرير بل يكفي فيها الإشهاد ، فلو كانت يدًا بيد فالإشهاد ليس بلازم ، إلا إذا خشي الإنكار من الواهب أو من ورثته بعده ، فيتعين الإشهاد محافظةً على المصلحة العامة للواهب والموهوب له .

الأسس التي بُني عليها العطاء (الهبة) :

أولًا : تجرد الواهب من ملكية العين الموهوبة ، بمعنى أن الموهوب له قد أصبح مالكًا لهذه العين بمجرد الهبة ، فله حق التصرف فيها إلا إذا تعلق بالعين الموهوبة حق للغير ؛ فقد قال المشرعون المالكية ما يأتي : « ومن رهن رهنًا في دين عليه ، ثم وهبه لأجنبي ، فإن رضي المرتهن بهبة رهنه صحت الهبة مطلقًا ، وإن لم يرض المرتهن بهبة الرهن ، فإن كان الراهن معسرًا بطلت الهبة مطلقًا أيضًا ، وإن كان الراهن موسرًا ، فإن وقعت قبل قبض الرهن فهي صحيحة وإن وقعت بعده ، فإن كان الدين مما يعجل قُضي على الراهن بفك الرهن ، وتعجيل الدين ، ودفع الرهن للموهوب له . وإن كان مما لا يعجل بقي في الرهن للأجل ، فإذا قُضي الدين بعد الأجل دُفع الرهن للموهوب له وإلا أخذه المرتهن وبطلت الهبة » .

وتصح الهبة بالقول ، وتتم الهبة بالحيازة ، والقبول [1] شرط فيها ، فالقبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن ، والحيازة شرط في تمامها [2] ، وإن كانت الحيازة بدون إذن

(1) بينت المادة 487 من القانون المدني المصري اشتراط القبول لتمام الهبة ، ونصها : « 1 - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

2 - فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الموهوب .

وهو ما أوضحته المادة 558 من التقنين الأردني التي تنص على مايأتي :

1 - تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض .

2 - يكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته ، وكذا لو كان الموهوب له صغيرًا يقوم الواهب على تربيته . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 160 .

(2) قاعدة : تصح الهبة بالقبول ، وتتم الهبة بالحيازة . والقبول شرط فيها ؛ فالقبول والحيازة معتبران ، إلا أن القبول ركن ، والحيازة شرط في تمامها .

الواهب وأجبر الواهب على تمكين الموهوب له أو ولي أمره من الحيازة قضاء أو إداريًا من الحاكم ، فإن باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إن أشهد على ذلك وأعلن ، وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه [1] .

ثانيًا : إيسار الموهوب له ، معلوم أن الهبة تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطى له فهي زيادة في ماله . ولا يشترط معرفة الموهوب قدرًا وجنسًا فقد نص الفقهاء على أنه تصح هبة المجهول عينًا وقدرًا ولو خالف ظنه بكثير فمن قال : وهبتك ما في جيبي فإذا فيه مبلغ كبير زائد عن المعتاد فلا رجوع له ؛ ووجب عليه تسليمه للموهوب له ، وقيل : له الرجوع فيما زاد عن المعتاد .

ثالثًا : يكون تجرد الواهب ويسار الموهوب له بدون رجوع أصالة ولكن يجوز :
أولًا : للأب اعتصار الهبة (استرجاعها) من الولد الحر الذكر والأنثى صغيرًا أو كبيرًا غنيًا أو فقيرًا [2] .

---

(1) يقول ابن رشد : [وأما الهبة فلا بد من الايجاب والقبول فيها عند الجميع ، ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه ، وأما الشروط فأشهرها القبض] . بداية المجتهد جـ 2 ص 329 الشرح الصغير جـ 3 ص 340 .

(2) تناولت المادة 500 من القانون المدني المصري جواز رجوع الواهب في هبته واعتصارها من حيث المبدأ إلا إذا وجد عذر يمنع من الرجوع فيها . وهو ما أخذت به المادة 471 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

وهو ما تناولته كذلك المادة 620 من التقنين العراقي التي تنص على أن : « للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له ، فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، مالم يوجد مانع من الرجوع .

وكذا المادة 576 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - اللواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

2 - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع .

وكذا المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما » .

ولم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة :

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة ، هي حالة هبة الوالد لولده . وهي ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة (انظر في مذهب مالك : الخرشي جـ 7 ص 113 - 115) .

أما عند الحنفية فالموهوب له يملك الموهوب ملكًا غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع في هبته على ألا تتعارض مع حقه في الرجوع حق آخر ، أي على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه (انظر : السرخسي جـ 12 ص 53 و 54 . البدائع جـ 6 =

وكذلك للأم حق اعتصار ما وهبت لولدها بشرط أن يكون صغيرًا ذا أب ؛ فلا اعتصار من يتيم ، فإن وهبت كبيرًا فلها الرجوع .

ويشترط في صحة الرجوع للوالدين أن لا تكون الهبة لثواب الآخرة ، وإلا فلا اعتصار لهما [1] .

ثانيًا : يجوز للواهب الرجوع في الهبة متى اشترط الرجوع فيها سواء أكان الموهوب له قريبًا أم أجنبيًا . وقال بعض المتشرعين : لا يجوز الرجوع في الهبة مع شرط الرجوع .

ويشترط في الرجوع في الهبة مطلقًا أن لا تفوت الهبة بهبة أو بيع ، أو بتغير كلي في الذات (لا بحوالة سوق) ؛ بل بزيادة في الذات ، أو بنقص فيها وبشرط أن لا يُنكح الولد أو يداين للهبة ، أو يمرض الولد الموهوب له ، أو يمرض الواهب إلا أن يهب على هذه الأحوال .

رابعًا : نية الإنعام (الهبة) : كل عمل يحتاج لنية غير أنها قد تكون شرطًا في أداء بعض التكاليف فمثلًا الصلاة وأعمال الوضوء والغسل لابد فيها من النية وإلا لا تصح .

وأداء الدين ورد العارية والوديعة مثلًا لا تحتاج إلى نية ؛ لأنها مجرد عمل فقط .

والعقود التي تكون نظير عوض يجب أن تكون بإرادة كاملة من الطرفين . والإرادة الكاملة يجب أن تصحبها نية إمضاء العقد ؛ لأن هذا يستتبع حرية الإرادة . والعقود التي لاعوض فيها تستلزم إرادة الفعل ، فلو وهب أو أعار فلا بد من إرادة الفعل ، وإلا فلا تصح ؛ ولذلك أبطلوا الهبة من السفيه والصبي لعدم تمام إرادته حتى ولا يصح لولي أمرهما إجازة هبتهما ؛ لأنها إخراج لمالهما بلا مقابل

= ص 118 . أحمد إبراهيم . التزام التبرعات في مجلة القانون والاقتصاد السنة 3 / ص 52 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، جـ 5 فقرة 135 . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(1) وجاز للأب اعتصار الهبة ، أي أخذها من ولده قهرًا عنه بلا عوض ذكرًا أو أنثى صغيرًا أو كبيرًا ، فقيرًا ، أو غنيًا ، سفيها ، أو رشيدًا حازها الولد أوْ لا . والأم يجوز لها الاعتصار إذا وهبت صغيرًا ذا أب ، لا يتيمًا فليس لها الاعتصار منه ، وما وهب للولد ، وأريد به ثواب الآخرة فلا اعتصار لها لأنها صارت حينئذ كالصدقة . الشرح الصغير (344/3 ، وما بعدها) .

وهو غير جائز . لهذا كان لابد من إرادة الواهب الكاملة في إرادة الهبة [1] .

بند [39] الوصية

القانون الفرنسي : الوصية عقد به يتصرف شخص في كل أو بعض أملاكه في وقت لا يكون موجودًا فيه ، ويكون له حق الرجوع في هذا التصرف مادام حيًا .

الصفات الحقيقية للوصية :

أولًا : هذا إشهاد قانوني من طرف واحد . فلا يجب لانعقاد الوصية إلا إرادة الموصي فقط . حقيقة لتتم الوصية وتثمر ثمرتها يجب قبول الموصى له ، لكن لا يشترط أن يكون القبول مصاحبًا لعمل الوصية ، بل يصح القبول أو الرفض بعد وفاة الموصي .

ثانيًا : هذا إشهادُ قانوني بدون مقابل ، بمعنى أن الموصى له يتملك ما أوصى به إليه بدون بذل أي مقابل .

ثالثًا : هذا إشهادُ آخِرِ إرادة للموصي ؛ لأن الغرض منها استفادة الموصى بعد وفاة الموصي فلا يستفيد منها حال الحياة حتى ولا الموصي نفسه بعنوان كونها وصية .

رابعًا : هذا إشهاد يمكن الرجوع فيه من أساسه ، بمعنى أنه مادام الموصي حيًا فوصيته تعتبر مشروع تمليك للموصى له ، ويكون للموصي حق الرجوع فيها كلها أو بعضها أو اشتراط شروط أو حذفها ، وتصبح نهائية لا رجعة فيها بموت الموصي .

خامسًا : هذا إشهاد علني ، بمعنى أنه يجب أن يستوفي شروطًا خاصة عند تحريره قد حددها القانون ، فلو ادعى وصية شفوية لا يصح بل يجب أن تكون تحريرية .

مشابهة الوصية والهبة :

بين الهبة والوصية تشابه في عدة وجوه :

1 - أنهما يرتبان إحسانًا .

2 - كلاهما خاضع إلى شروط نص عليها القانون .

(1) يقول ابن رشد : [ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب : جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة إلى أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينًا ، ولم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضًا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيًا] بداية المجتهد جـ 2 ص 332 الشرح الصغير جـ 3 ص 343 .

3 - أهلية التصرف في الهبة والوصية وقبولهما واحدة .

وتختلف الوصية والهبة فيما يأتي :

1 - الهبة عقد يجب فيه تلاقي إرادتين الواهب والموهوب له في وقت واحد لشخصين ، وأما الوصية فهي عمل شخص واحد من جانب الموصي فقط .

2 - الهبة ينتفع بها حال حياة الواهب ، والوصية ينتفع بها بعد وفاة الموصي وتحقق حياة الموصى له بعده .

3 - الهبة لا يصح الرجوع فيها بخلاف الوصية فيصح الرجوع فيها إلى وفاة الموصي .

4 - الهبة يجب أن تكون بإشهاد أمام مسجل العقود ، والوصية يصح أن تكون بإمضاء عرفي [1] .

بند [40] الوصية

التشريع الإسلامي : الوصية عقد يوجب حقًّا في ثلث مال عاقده يلزم بموته ، أو عقد يوجب نيابة عن الموصي بعد وفاته [2] .

وهو عقد يصح الرجوع فيه مادام الموصي حيًّا [3] .

والوصية إنما تكون في الثلث فقط فإن كان للموصي ورثة فلا يصح له الإيصاء بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الوارث بعد وفاة الموصي [4] ، وقد أجيزت الوصية للوارث وتنفذ بدون إذن أحد في حدود ثلث التركة (قانون المواريث الجديد) .

فإن لم يكن للموصي ورثة فقيل : لا يصح له الإيصاء بما زاد على ثلث التركة ؛

---

(1) انظر : البنود 893 : 900 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 198 : 200 .

(2) الوصية مشتقة من وصيت الشيء إذا وصلته كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف . الخرشي على مختصر خليل (167/8) .

يقول المواق قال ابن عرفة : « الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقًّا في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجبه نيابة عنه بعده » . التاج والإكليل جـ 6 ص 364 مواهب الجليل جـ ص 364 بداية المجتهد جـ 2 ص 334 الشرح الصغير جـ 4 ص 181 .

(3) قاعدة : الوصية عقد يصح الرجوع فيه مادام الموصي حيًّا .

(4) بطلت الوصية بزائد الثلث ، وإن أجيز الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم . الشرح الصغير (179/4) .

لأن بيت المال وارث ، ولبيت المال حينئذ طلب إبطال الوصية في الثلثين ، وهذا القول هو المعتمد . وقيل : يجوز لمن لا وارث له أن يوصي بكل تركته ، وليس لبيت المال أن يعترض ؛ لأن بيت المال يجمع المال الذي لا صاحب له ، والموصى له يملك التركة بالوصية فهي صحيحة على هذا القول وإن كان ضعيفًا [1] .

والصفات الحقيقية للوصية هي :

أولًا : أنه إيجاب من جانب واحد وهو الموصي قبل وفاته . ولا دخل للموصى له في الإيجاب إطلاقًا ؛ بل يجوز أن لا يعلم بالوصية له إلا بعد وفاة الموصي ، ولكن قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين أو من يتولى أمره شرط في وجوب الوصية وتنفيذها بعد الموت [2] .

فقبول الموصى له ورفضه قبل الموت لغو . فالملك تنتقل للموصى له بالموت ؛ فإن قبل أو أجاز وصية لوارث أو أجاز بما زاد على الثلث وكان قبوله قبل وفاة الموصي فلا تلزم الإجازة ، ولا يكون قبوله متممًا للوصية بعد الوفاة ؛ لأن هذه التصرفات لم تصادف محلًا فلا يعتد بها . وسيأتي بيان ذلك وشروطه .

ثانيًا : هذا تصرف بلا معاوضة أو بدون مقابل . فملكية الموصى له للوصية تتم بالموت بدون أن يدفع شيئًا أو بتعهد بشيء . فهي ملكية بلا مقابل .

ثالثًا : هذه إرادة للمتوفى حال حياته ، فإن بقيت إلى مماته فهي آخر إرادته فلا يستفيد منها الموصى له ما دام الموصي حيًا وإلا كانت هبة ، ويستفيد منها الموصي مادام حيًا ، فإن باعها أو تصرف فيها بما أفناها وكانت معينة فيعتبر رجوعًا من الموصي في وصيته [3] .

رابعًا : هذا إشهاد أو عقد يمكن الرجوع فيه ؛ لأن عقد الوصية مقيد بوفاة الموصي ، فلو

---

(1) اتجه الأحناف والحنابلة إلى إعطاء بيت المال مركزًا متأخرًا في أيلولة التركة عليه بعد ذوي الأرحام ومن يرد عليهم ، لكن أخذ المالكية في نظام الميراث عندهم بأيلولة التركة كلها إلى بيت المال إذا لم يوجد أحد من العصبة ولم يوجد من أصحاب الفروض من تستغرق فروضهم التركة كلها . وقد تقدمت الإشارة لذلك بتفصيل أكثر من هذا .

(2) راجع مثلًا مواهب الجليل جـ 6 ص 364 وما بعدها التاج والإكليل جـ 6 ص 364 وما بعدها بداية المجتهد جـ 2 ص 334 وما بعدها .

(3) تبطل الوصية برجوع الموصي عن وصيته لأنها تصرف بالتبرع ، وهو ما نصت عليه المادتان 220 ، 221 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 18 من قانون رقم 71 لسنة 1946 المصري ، ونصها : « يجوز للموصي الرجوع في الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعًا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها . ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به » وهو نص المادة 228 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

لم يمت صح له الرجوع فيه ولو حرم على نفسه الرجوع فله إلغاؤها وإدخال شروط عليها وإلغاء بعضها كما يشاء . ومتى توفى أصبحت عقدًا نهائيًا لا رجعة فيه إلا إذا خالفت نصًا شرعيًا يستوجب البطلان أو كانت متوقفة على إجازة من له حق الإجازة فيها .

ولا يشترط أن يكون بإشهاد رسمي بل يكفي فيها الإشهاد على الوصية ، وقد تكون كتابة عرفية أو مجرد إشهاد ببينة شرعية . فيصح ادعاء وصية شفوية ، ويصح إثباتها بالأدلة الشرعية الصحيحة . هذا في مذهب الإمام مالك ، وفي قانون الوصية الجديد لابد عند الإنكار من إشهاد رسمي أو مكتوب بخط وإمضاء الموصي .. إلخ فارجع إليه [1] .

مشابهة الوصية والهبة :

تشبه الهبة الوصية في أن كلًّا منهما إحسان بدون مقابل . وأنه لا يشترط لصحتها تقابل إرادتين في وقت واحد فهما توجدان أولًا بإرادة الواهب أو الموصي ، ثم يتوقف كمالهما على القبول من الموهوب له والموصى له .

ويختلفان في أن الهبة يكون الانتفاع بها ناجزًا يعني ليس بعد الوفاة ، والوصية يكون الانتفاع بها بعد وفاة الموصي . ويختلفان في الشروط المطلوبة في كل واحدة والهبة يصح الرجوع فيها متى شرط ذلك في عقد إيجادها [2] . والوصية متى تحققت بعد الوفاة لا رجوع فيها لأحد ما دامت صحيحة [3] . وأما قبل تحقق وجودها في زمن حياة الموصي فهو مشروع تمليك لا تمليك بالفعل .

والهبة يصح أن تكون بإشهاد وبغيره كالوصية سواء بسواء غير أن نظم الحياة

---

(1) يقول الدردير : « الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة لما فيها من المحبة وتأليف القلوب ، وهذا إن صح القصد . وهي تمليك من له التبرع ذاتًا بلا عوض » ويقول عن الوصية : « الوصية مندوبة ولو لصحيح لأن الموت ينزل فجاة » راجع للمقارنة بينهما الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، جـ 4 ص 181 وبداية المجتهد جـ 2 ص 334 ، جـ 2 ج 337 وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى ، وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقًا على توقيع الموصي عليها » . ويتفق هذا بوجه العموم مع المادة 214 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(2) قاعدة : الهبة يصح الرجوع فيها متى شرط ذلك في عقد إيجادها .

(3) قاعدة : الوصية متى تحققت بعد الوفاة لا رجوع فيها لأحد ما دامت صحيحة .

الحاضرة تقضي بعمل إشهاد شرعي للهبة خوف التداعي وخصوصًا بعد وفاة الواهب . وأما الوصية فيصح أن تكون بخط الموصي أو بإمضائه أو ختمه ، وشروطها ستأتي .

بند [41] القواعد العامة للهبة والوصية

القانون الفرنسي :

أولًا : إرادة المنشئ أو المتصرف : القاعدة العامة لكي توجد الهبة والوصية يجب أن يكون الشخص سليم العقل . وفي المادة 504 مدني أنه لا يجوز للوصية مهاجمة إشهاد صدر من المتوفى بهبة أو وصية حال حياته ، بدعوى أن المتوفى لم يكن مالكًا لقواه العقلية إلا في حالتين :

(1) إذا صدر حكم أو رفعت الدعوى بذلك قبل موته .

(2) إذا كان التصرف المذكور يحمل دليله منه بتغير عقلية المتصرف . ولكن المادة 901 جاءت ملغية لذلك ، فيجوز إذن طلب إلغاء هذا التصرف ولو لم يوجد شرط من هذين الشرطين ، ويتكون عدم سلامة العقل من تغيب الفهم أو الإدراك لأي سبب كان ؛ ولذا كان كل نقص في إرادة المتصرف من خطأ أو إكراه أو غش سببًا في طلب إلغاء هذا التصرف . ويجب في الخطأ الذي يكون سببًا في الإلغاء أن يحمل على الشخص المنتفع نفسه ، كما لو أراد أن يهب أو يوصي لزيد فأخطأ ووهب أو أوصى لبكر .

ثانيًا : أهلية التصرف والقبول : قبل التكلم في هذا الموضوع يجب ملاحظة ما يأتي :

1 – الأهلية هنا تكون القاعدة ، وعدم الأهلية يكون الاستثناء ، كما في القانون العام فتكون المستثنيات محدودة .

2 – عدم الأهلية ثلاثة أنواع :

(أ) عدم أهلية التصرف المطلق ، وهو عدم صفة للشخص لإمكان الإعطاء لأي شخص كان .

(ب) عدم أهلية القبول المطلق ، وهو عدم وجود صفة للشخص لإمكان قبول أي عطاء في أي شخص كان .

(جـ) عدم أهلية التصرف والقبول الخاصين ، وهي التي تحدد الأهلية في التصرف وفي القبول .

3 – عدم الأهلية قد يرجع إلى عدم جواز استعمال نفس الحق أو إلى عدم جواز

استعماله أو التمتع به بدون مساس بأساسه . والتكلم في هذا الباب يرجع إلى عدة مسائل وذلك .

(أ) في عدم أهلية التصرف المطلقة :

تجب التفرقة بين عدم أهلية التمتع وعدم أهلية الاستعمال .

أولًا : عدم أهلية التمتع بالحق : الأشخاص الموضحون بعد محرومون من التمتع حتى في أهلية التصرف بدون تدخل أحد معهم أو حضور شخص ثالث ، وهم القصر ، والمحجور عليهم قضائيًا ، والموضوعون في مصحة عقلية ، والمحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤبد . وتفصيل ذلك :

1 – القصر ، القاعدة أن القاصر الذي فكت وصايته ، أو لم تفك غير أهل في الأصل في التصرف بدون عوض في ملكه . فيكون ذلك بالنسبة له عدم أهلية في التمتع . فالوصي لا يمكنه عمل إشهاد الهبة أو الوصية بدل القاصر الذي لم تفك وصايته . والذي فكّت وصايته ولم يبلغ الرشد لا يمكنه عمله بأي حال . ويستثنى من ذلك :

(أ) الوصية : فيجوز للقاصر الذي بلغ ست عشرة سنة كاملة عمل وصيته بشرط أن تكون في نصف ما يصح للراشد عمله ، فإن زادت ألغى ما زاد ، وصحت في الباقي .

(ب) الهبة : يجوز للقاصر الذي يتعاقد على الزواج أن يهب لزوجته بشرط أن يكون في عقد ترتيب أموال الزوجية وبشرط حضور من يكون رضاهم بالزواج شرطًا لصحته .

2 – المحجور عليهم قضائيًا والموضوعون في مصحات عقلية : لا يجوز لهم عمل وصية أو إعطاء هبة .

3 – المحكوم عليهم بحكم جنائي مؤبد : لا يجوز لهم عمل وصية ولا إعطاء هبة ، ولا يجوز لهم قبول هبة أو وصية ، فهم ممنوعون من التصرف ومن القبول . أما المحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤقت فهم ممنوعون قانونًا من الهبة للغير لكن لهم الحق في عمل وصيتهم .

ثانيًا : عدم أهلية الاستعمال : الأشخاص الآتية بعد ممنوعون من أهلية الاستعمال بأنفسهم من التصرف في أملاكهم بدون حضور بعض أشخاص وذلك .

1 - المرأة المتزوجة : لا يجوز للمرأة المتزوجة الهبة من أملاكها بدون إذن خاص من زوجها ، فإن لم يكن موجودًا فبإذن من القضاء ، وبالعكس في الوصية فلها الحق في عمل وصيتها بحرية بدون احتياج لإذن زوج أو قضاء ؛ لأن نتيجة الوصية تظهر بعد الموت فلا تكون هناك سلطة الزوج .

2 - الأشخاص المعين عليهم مستشار قضائي : لا يجوز لهم هبة في أملاكهم إلا بحضور مستشارهم القضائي . وأما الوصية فيجوز لهم عملها بدون حضور أحد .

ب - عدم أهلية القبول المطلقة :

تجب التفرقة بين أهلية التمتع بالقبول وعدم أهلية الاستعمال .

أولًا : عدم أهلية التمتع بالقبول : الأشخاص الموضحون بعد محرومون من حق التملك بطريق الهبة أو الوصية .

(1) الأشخاص الذين لم يوجدوا في بطون أمهاتهم ليسوا أهلًا للقبول فيكفي في الهبة أن يكون محمولًا به وقت الهبة ويكفي في الوصية أن يكون محمولًا به في وقت وفاة الموصي .

(2) الأشخاص الذين ولدوا أمواتًا أو أحياء وحياتهم غير ممكنة ليسوا أهلًا للقبول . فلا يكفي أن يكونوا أحياء في بطون أمهاتهم وقت الهبة أو وقت وفاة الموصي . بل يجب أن يولدوا أحياءً حياة ممكنة ، فلو ولدوا أمواتا أو ولدوا أحياءً حياتهم غير ممكنة اعتبروا كأن لم يكونوا ، ولا يعتبرون مالكين للهبة ولا للوصية .

(3) المحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤبد ممنوعون من قبول هبة أو وصية .

ثانيًا : عدم أهلية الاستعمال : القاصر الذي لم تفك وصايته لا يجوز له قبول الهبة ولا الوصية . ولكن الذي يقبلهما له هو وصيه بإجازة مجلس العائلة لذلك .

القاصر الذي فكت وصايته يجوز له قبول الهبة والوصية بإجازة المشرف عليه .

وأصول القاصر الذي فكّت وصايته والذي لم تفك وصايته يجوز لهم قبول الهبة والوصية لمن لهم عليه ولادة ولو لم يكونوا أوصياء .

والمحجوز عليه قانونًا يقبل عنه وصيه بإجازة مجلس العائلة سواء الهبة أو الوصية . والأشخاص المعين لهم مستشار قضائي يجوز لهم قبول الهبة والوصية بدون حضور أحد .

والمرأة المتزوجة لا يجوز لها قبول الهبة ولا الوصية إلا بإذن زوجها أو القضاء في حالة التفريق الجسماني .

والشخص الأبكم الأطرش يقبل من نفسه إن كان يكتب ويقرأ ، أو يقبل عنه شخص يعين لذلك ، وإلا قبل بوجود مشرفه كالصبي الذي لم تفك وصايته .

حـ - عدم أهلية التصرف والقبول الخاصة :

صفات عدم الأهلية : عدم الأهلية هنا التي تمس بعض الأشخاص نحو بعض الأشخاص الآخرين هي عدم أهلية التمتع ، علاوة على عدم أهلية الاستعمال . والأشخاص عديمو الأهلية في التصرف والقبول فيما بينهم هم :

أولًا : الولد الطبيعي : عدم الأهلية بين الولد الطبيعي وأمه وأبيه تكون في التصرف والقبول بشرط أن يعترف به أبواه ، فإن لم يعترفا به جاز أخذ الهبة بلا قيد ولا شرط ؛ فالهبة إلى الولد الطبيعي المعترف به من أبويه يجب أن لا تزيد عن نصيبه المقدر له قانونًا في الميراث . فإن زاد ألغي ما زاد . والوصية تجوز بلا قيد سوى أن الولد الطبيعي لا يترك له نصيب يزيد عن نصيب الولد الشرعي ، فنتج عن ذلك :

(1) أنه يجوز أن يترك للولد الطبيعي نصيب ، كما يترك للولد الشرعي .

(2) إذا ورث الولد الطبيعي مع أصول أبيه جاز أن يترك الزائد عن نصيب الأصول .

(3) إذا ورث الولد الطبيعي مع أعمامه أخاه المتوفى أو إخوته جاز ترك التركة كلها له بدون أن يترك لهم شيء .

فإذا أوصى للولد الطبيعي بما زاد عن النص القانوني المذكور جاز لأصول المعطي أو الموصي ، وفروعه ، ولإخوته وأولاد إخوته الشرعيين طلب إلغاء ما زاد عن المقدر قانونًا . وأما أولاد الزنا وأولاد من حرم زواجهم لقرابتهم بنص القانون فلا تصح

الهبة ولا الوصية بأزيد مما فرض لهم القانون .

ثانيًا : الوصي : عدم أهلية الوصي لقبوله من قاصره . والقاعدة أن القاصر - ولو بلغ 16 سنة ست عشرة سنة - ممنوع من التصرف لصالح وليه . والقاصر الذي بلغ سن الرشد لا يجوز له هبة أو وصية لوصيه ما دام الحساب الختامي للوصايا لم يقدم أو لم يصَفَّ . ويطبق هذا على الوصي وشريكه في الوصايا ومدير تركة القاصر . وقد استثنى القانون من هذا المنع أصول القاصر إذا كانوا أوصياء عليه ، فإنه يجوز للقاصر أن يهب أو يوصي لهم ، لصلة القرابة .

ثالثًا : الأطباء والصيادلة ورؤساء الديانات : ليسوا أهلًا لقبول هبة أو وصية من مريض تولوا علاجه في مرضه الأخير ، ويشترط لذلك :

(1) يجب أن يكون قد نال المريض من المذكورين عناية مستمرة في مرضه الذي مات فيه .

(2) يجب أن تكون الهبة أو الوصية عملت في مدة المرض الذي عالجوه فيه .

(3) يجب أن يكون المريض الواهب أو الموصي قد مات في هذا المرض الذي تبرع فيه . فإن خالف المريض ووهب أو أوصى إلى من ذكر فلا يهاجِمُ هذا التصرفَ إلا ورثةُ المتوفى أو الموصى لهم ، وعلى المحكمة إلغاء هذا التصرف ، ولا يسمع أي دليل معارض مادامت هذه الشروط قد تحققت فيكون التصرف باطلًا .

رابعًا : ضباط البحرية : لا يجوز لضباط البحرية قبول وصايا من المسافرين الذين في سفنهم مدة السفر البحري ما لم يكن قريبًا أو نسيبًا . وتكون وصية المسافرين في حالة المنع لاغية وكأنها لم تكن .

الاحتياط من الاحتيال لخرق القانون :

يمكن إخفاء الهبة في عقد نظير مقابل وهي طريقة العطاء المخفي . ويمكن إخفاء الهبة أيضًا في إعطائها إلى شخص ثالث يوصلها إلى عديم الأهلية في القبول . وهي طريقة العطاء بواسطة شخص آخر والعطاء المخفي في كلتا الحالتين باطل ، ويصح إلغاؤه ببطلان أساسه ، وعلى طالب الإلغاء تقديم الدليل على الهبة المخفية في عقد بعوض أو الهبة بواسطة شخص أهل للقبول ، وللمدعي تقديم الدليل على الهبة أيًا كان حتى الشهادة وقرائن الأحوال .

وقد فرض القانون توسط شخص في إخفاء الهبة في الأحوال الآتية :

(1) أب وأم الشخص عديم الأهلية .

(2) أولاده وأولاد أولاده .

(3) أحد الزوجين . ويفرض القانون في هذه الأحوال أن الهبة حصلت بواسطة هؤلاء الأشخاص إلى الأشخاص المحرومين من أهلية التصرف والقبول الخاص فلا تنطبق على المحكوم عليه بحكم جنائي مؤبد لعدم الأهلية المطلقة (1) .

بند [42] القواعد العامة للهبة والوصية

التشريع الإسلامي : الهبة والوصية يشترط في صحتهما كمال الإرادة في الواهب والموصي ، فلو كان الواهب أو الموصي مجنونًا أو مكرهًا فلا يصح تصرفهما وكذا وصية أو هبة الصغير والسكران غير المميزين حال الإيصاء تكون باطلة (2) .

ويصح لورثة المجنون والمكره والصغير والسكران أن يطلبوا إلغاء عملهم بعد وفاتهم . ويجب إقامة الدليل على صحة هذه الدعوى . ومتى صح الدليل وجب الحكم بالإلغاء .

وقد يكون الخطأ في الموهوب له كما يكون في الموهوب . أراد أن يهب حمارًا فوهب جملًا أو أراد الهبة لزيد فوهب لعمر ؛ فللواهب الرجوع بيمينه إن لم يكن حصل منه إشهاد وقت الهبة وإلا فيعمل به ، فإن لم يحصل إشهاد فعليه اليمين على صحة ما يدعي .

أهلية التصرف وأهلية القبول :

عدم أهلية التصرف : الذي له التبرع وهو من لاحجر عليه هو الذي تصح هبته فالسفيه والصبي والمدين المستغرق ماله ، والسكران والمريض والزوجة فيما زاد عن الثلث والمجنون والمرتد ليس لهم حق الهبة (3) .

---

(1) انظر : البنود 901 إلى 912 في الباب الثاني ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 200 ، 202 .

(2) اتفقوا في الموصي على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفيه ، والصبي الذي يعقل أقرب ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ . بداية المجتهد (495/2) .

(3) يقول ابن رشد : « أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك . ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذى يعقل أقرب » . ويقول الدردير : « الهبة تمليك من له التبرع ذاتًا تنقل شرعًا بلا عوض – خرج بقوله من له التبرع الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران » بداية المجتهد جـ 2 ص 334 .

والمجنون والصغير والسكران غير المميزين حال الإيصاء لا تصح وصيتهم [1] ، وذلك :

(1) القُصَّر – القاصر له ثلاثة أدوار : القصَّر الذين لا يعقلون شيئًا من سنة واحدة إلى ثمان [2] سنين تقريبًا لا تصح منهم هبة ولا وصية فهم ممنوعون من التصرف ومن القبول ، ويقع عملهم باطلًا أصالة ولا تلحقه الإجازة من ولي أمرهم ، لأنه لا وجود له .

والقصر الذين يعقلون ويقاربون عشر سنين تصح وصيتهم ولا تصح هبتهم لأن الحجر عليهم لحقٍّ أنفسهم فلو حجر عليهم في الوصية لكان لحق الغير وهم الورثة .

وتقول المدونة : وتصح وصية ابن عشر سنين فأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية ولم يكن فيه اختلاط .

وكذلك الحكم فيمن لم يبلغ سن البلوغ الشرعي وهو 18 عامًا في مذهب الإمام مالك .

ولا يملك الولي والوصي عمل وصية القاصر ولا الهبة من ماله إلا اليسير المتعارف ، لأنه لا يجوز التصرف في مال القاصر إلا بعوض [3] .

عقد نكاح الصغير عقد بعوض موقوف على إجازة الولي لما يراه من مصلحة ، وعقد النكاح فيه مهر دون هبة ، فنظر الولي مرجعه المصلحة فإن وجدت أجازه ، وإن غابت رده . وهبة الصغير لزوجته كهبته لأي شخص آخر ممنوعة مالم يجر بها عرف ، أو تكون مشروطة في عقد زواجه الذي أجازه وليه .

---

(1) تناولت المادة 45 من القانون المدني المصري أحكام تصرفات غير المميز ونصها : « 1 – لا يكون أهلًا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

2 – وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدًا للتمييز » ويتفق ذلك مع ما جاءت به المادة 51 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 97 مدني عراقي والمادة 118 مدني أردني .

(2) التحديد بثمان سنين الذي يذكره المؤلف مما لا أعرف مصدره إلا إذا كان قصده استيفاء الصغير السنين السبع وعدم دخول الغاية وما بعد إلى فيما قبلها .

(3) قاعدة : لا يجوز التصرف في مال القاصر إلا بعوض .

ووصية الصغير ليست محددة إلا بثلث ماله [1] كالكبير لأنه إما وصية جائزة ، وإما وصية ممنوعة وحيث أجازها المشرع وجب انصرافها إلى الوصية المحددة في التشريع الإسلامي وهو ثلث مال الموصي .

المحجور عليهم لسفه أو لعته أو لجنون :

المجانين لا يصح لهم وصية ولا يصح لهم هبة متى كان الجنون مطبقًا ، فإن كان الجنون متقطعًا صح له هبة وقت تعقله بشرط أن يجيزه وليه أو قيِّمه . وصحت وصيته وقت تعقله متى أصابت وجه الوصية ولم يكن فيها اختلاط [2] .

وأما السفيه فلا تصح هبته ولا الهبة عنه ؛ لأنه تصرف بلا عوض وهو غير جائز . وأما وصيته فهي صحيحة فلا يحجر عليه لحق الغير وهم الورثة [3] .

والشرط في صحة وصية السفيه والصغير عدم تناقضهما في قولهما (وهو شرط

(1) قاعدة : وصية الصغير ليست محددة إلا بثلث ماله .

(2) تناولت المادة 114 مدني مصري ، والمادة 99 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم ببطلان تصرفات المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجز عليه وهو ما جاءت به المواد 107 مدني عراقي ، 128 مدني أردني ، ويتفق ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي طبقًا لما عبرت عنه المواد 978 ، 979 ، 980 من مجلة الأحكام العدلية .

(3) تناولت المادة 101 من القانون المدني المصري الحكم بالوقف على تصرف السفيه وذي الغفلة ، وذلك ليتسق حكمها مع حكم المادة 67 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال . وهي تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون .

وتطابق في حكمها المادة 130 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحًا متى أذنته المحكمة في ذلك .

2 - وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسليم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة 109 من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » .

وكذلك المادة 110 من هذا التقنين التي تنص على أن : « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه » .

وتقابل المواد 102 و 103 و 104 من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة 273 من مرشد الحيران التي تنص على أن المحجور عليه حجرًا قضائيًا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 24 .

حتى في البالغ) . والمعتوه كالسفيه لأن العته ضعف التفكير في العواقب وسهولة الانخداع للغير فيلحق بالصغير والسفيه فلا تصح هبته وتصح وصيته بشروطها .

المحكوم عليهم بحكم جنائي مؤبد أو مؤقت يجوز لهم الهبة والوصية ، لأن الحكم بالسجن لا يسلبهم أهلية التصرف ، لأن السجن منصب على العقاب الجسماني والحرمان من الكماليات في الحياة ، والإذلال والانفراد ، لا في أهلية التصرف لأنها راجعة إلى الكمال الشخصي من عقل ورشد ، وهما باقيان حتى مع الحكم بالسجن .

غير أن السجين محرم عليه لقاء أي شخص ، والتعامل مع أي شخص آخر ، إلا بإذن خاص تحت رقابة خاصة ، فله أن يبيع ويرهن ويهب ويعمل وصيته بدون تدخل في شئونه .

على أن محكمة الجنايات تُغني بتعيين قيم على من يحكم عليه جنائيًا إن كان له مصالح تقتضي الرعاية . فإن لم تفعل المحكمة كان لأهل المحكوم عليه طلب عمل توكيل منه لإدارة أعماله . وأما الحكم في حد ذاته فلا يكون سببًا لسلب أهلية التصرف من الشخص كامل العقل والرشد ، لأنه جنى جناية فحُكم عليه بسببها .

عدم أهلية الاستعمال :

المرأة المتزوجة : ليس للمرأة المتزوجة الحق في الهبة من أملاكها فيما زاد على الثلث ، إلا إذا أجازه الزوج (مذهب الإمام مالك) أو وليه ، ولو قصدت الضرر بالزوج عند ابن القاسم [1] . وروي عن مالك رد الثلث إذا قصدت بذلك ضرر الزوج . واختاره ابن حبيب [2] ، ومحل الحجر عليها إذا كانت الهبة لغير الزوج . فإن كانت الهبة له فلا حجر عليها ولو بجميع ما تملك . وأما في الوصية فهي صاحبة الحق المطلق في عمل وصيتها كما تشاء في حدود ثلث ما تملك كشرط كل وصية .

---

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية وفقيهها ، أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام . روى عن : مالك وعبد الرحمن بن شريح ، وغيرهم . روى عنه : إصبغ ، والحارث بن مسكين ، وغيرهم . قال النسائي : ثقة مأمون . توفي سنة 191 هـ . الذهبي في الكاشف 160/2 ، والذهبي في تذكرة الحفاظ 356/1 ، والذهبي في سير أعلام النبلاء 73/8 .

(2) هو ابن سحنون ، فقيه المغرب ، محمد أبو عبد الله ابن فقيه المغرب عبد السلام سحنون من سعيد التنوخي القيرواني شيخ المالكية . تفقه بأبيه : له مصنف كبير من فنون من العلم ، وله كتاب السير في عشر مجلدات وغيره وتوفي سنة 265 هـ . سير أعلام النبلاء 466/10 .

المريض : تصرف المريض حال مرضه جائز في الهبة في ثلث ماله [1] ولا يجوز في الزائد عن الثلث . والحجر على المريض في غير تداويه ومؤنته . ومن قبيل التبرعات النكاح والخلع فيمتنع منه كما يمنع في التبرعات وصحت وصيته في الثلث أيضًا مالم يتناقض فيها .

المدين : متى أحاط الدين بشخص منع من التصرف بغير عوض ؛ فلا تجوز له هبة إلا بإذن دائنيه . وأما وصيته فتجوز في ثلث ما يبقى بعد سداد الديون [2] .

المعين عليهم مشرف قضائي : ليس هذا التشريع موجودًا في التشريع الإسلامي . ورد الزوج إيقاف على المعتمد كما هو مذهب المدونة ، ورد إبطال عند أشهب . وأما رد الغرماء فهو رد إيقاف باتفاق . ورد الولي والوصي رد إبطال باتفاق [3] .

عدم أهلية التمتع :

ذكر المشرع الوضعي أن الأشخاص الآتين ليسوا أهلًا للقبول ، يعني محرومين من حق التملك بطريق الهبة أو الوصية . وحكم التشريع الإسلامي كالآتي :

أولًا : الأشخاص الذين لم يولدوا في بطون أمهاتهم تصح الوصية لهم ، إن كانوا في بطون أمهاتهم . بل تصح الوصية لحمل سيوجد ، فيؤخَّر الموصى به للحمل والوضع أو للوضع . فإذا وضع واستهل صارخًا أو كثر رضاعه أو نحو ذلك مما يدل على تحقق حياته أخذ الموصى به وإلا رد لورثة الموصي .

فالاستهلال شرط في الاستحقاق لا في صحة الوصية . وقرر الأجهوري [4] من المتشرعين في مذهب الإمام مالك أن الاستهلال شرط في صحة الوصية ، وإلا بطلت .

---

(1) اختلفوا في حال المريض ، فقال الجمهور : « إن له الهبة في ثلث ماله تشبيهًا لها بالوصية وقالت طائفة من الجمهور : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات . بداية المجتهد (485/2) .

(2) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة ، وصدقة ، وحبس ، وإخدام ، وحمالة . الشرح الصغير (187/3) .

(3) يقول الدردير : « وخرج بقوله من له التبرع الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران وكذا المريض والزوجة فيما زاد على ثلثهما إلا أن هبتهما فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة . ويقول ابن رشد : « أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك » الشرح الصغير جـ 3 ص 339 بداية المجتهد جـ 2 ص 334 .

(4) أبو زيد عبد الرحمن بن على الأجهوري الفقيه العلامة أثنى عليه الشيخ الشعراني في طبقاته . أخذ عن الشهاب الفيشي ، والشمس والناصر اللقانيين وبهما تفقه جماعة من الفضلاء نحو المائة ، له حاشية على مختصر خليل توفي في صفر سنة 957 . شجرة النور الزكية ص 280 رقم 1051 .

وأما الهبة للذين لم يوجدوا فهو عقد ناجز يشترط فيه الحوز من الموهوب له أو من يقوم مقامه ويمثله ؛ فالهبة لغير الموجود وقت الهبة ولو حكمًا ، كالحمل باطلة . فلو وهب لحمل صح بشرط وجوده وتحققه وقت الحمل وعلى وليه أو أبيه حوز الموهوب له باسمه لتصح الهبة [1] .

ثانيًا : الأشخاص الذين ولدوا أمواتًا أو أحياء حياتهم غير ممكنة . ففي الهبة المحازة لهم ممن يمثلهم تكون ميراثًا لورثتهم ؛ لأن العقد في الهبة ملزم بالقول ويتم بالقبض أو الحوز ، والحوز للحمل ممن يمثله حوز صحيح ، فقد ملك الحمل الهبة ، فإذا ولد ميتًا أو ولد حيًّا غير مستقر الحياة ورثه ورثَتُهُ في الهبة [2] .

وقيل : لا تتم الهبة إلا بالحوز بالفعل من الموهوب له إذا كان موجودًا بالفعل . فإذا ولد الموهوب له ميتًا أو كانت حياته غير حقيقية كأن بال أو عطس فقط ، وكان تكوين خلقته لاتصح معه الحياة طبيًّا ، فقد بطلت الهبة وعادت للواهب أو لورثته . وأما الوصية فيشترط ولادته وتحقق حياته حتى تتم الوصية . فإن ولد ميتًا أو ولد حيًّا غير مستقر الحياة بطلت الوصية وعادت ميراثًا لورثة الموصي .

ثالثًا : المحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤبد غير ممنوعين من قبول الوصية أو الهبة .

عدم أهلية الاستعمال :

القاصر الذي لم تفك وصايته لا يجوز له قبول الهبة ولا قبول الوصية بنفسه . والذي يقبل عنه ويحوز له وصيُّه متى كانت الهبة والوصية من الغير .

(1) تناولت المادة 487 من القانون المدني المصري الحكم باشتراط قبول الموهوب له أو نائبه لتمام الهبة ، مما قد يدل على أن الهبة للجنين غير صحيحة . ونص هذه المادة :
1 - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .
2 - وإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب » .
لكن جاءت المادة 460 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة باستحداث فقرة تفيد صحة الهبة للجنين ، ويكون الحق في القبول للولي على ماله . وتستند هذه الفقرة في تصحيح الهبة للجنين إلى نص قانون الولاية على المال على جواز إقامة وصي على الحمل المستكن ، سواء كان الوصي مختارًا أو معينا من قِبَل المحكمة (المادتان 28 ، 29) ، وتستند كذلك إلى ما جاء في المذهب المالكي من تصحيح الهبة للجنين . (أحمد إبراهيم ، التزامات التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ص 62) .

(2) اختلف العلماء هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ، فاتفق بعضهم على أن من شرط صحة الهبة القبض : وقال مالك : ينعقد بالقبول ، ويجبر الواهب على القبض . بداية المجتهد (488/2) .

وصحت [1] هبة ولي من أب أو وصي أو مقدم قاض لمحجوره الصغير أو السفيه أو المجنون فلا تبطل إن بقيت عنده حتى حصل المانع ؛ لأنه هو الذي يحوز له حيث أشهد على الهبة ، إلا أن يهب له مالا يعرف بعينه من معدود أو موزون أو مكيل فلا تصح هبته وحيازته لمحجوره ، وإلا أن يهب دار سكناه لمحجوره واستمر ساكنًا بها حتى مات ، إلا أن يسكن أقلها ويكري أكثرها وإن سكن النصف بطل . وإذا لم يكن للقاصر وصي ، ولا مقدَّمُ قاض ، جاز لأحد أقاربه الأقربين القبول عنه . ووصي القاصر يقبل الهبة والوصية لمحجوره بدون استشارة أحد ولا رجوع إلى رأي أحد .

والقاصر الذي فكت وصايته يقبل الهبة والوصية ويحوزهما لنفسه من غير الرجوع إلى أحد مطلقًا .

المحجور عليه قانونًا يقبل عنه قيّمه بلا إجازة من أحد ، سواء الوصية أو الهبة . ولا شأن للمشرف لا في القبول ولا في الرفض ، لأن المشرف مراقب إدارة القيم ، أو الوصي فقط ، بدون التدخل في أعماله فإن رأى تصرفًا ضارًّا بعديم الأهلية رفع الأمر للهيئة المهيمنة على الوصي أو القيم لتحاسبه فتقيله أو ترى تصرفه حسنًا فتبقيه .

المرأة المتزوجة :

يجوز للمرأة المتزوجة قبول الهبة والوصية أصالة بدون إذن الزوج ولا تدخله ، ولكن إذا رأى الزوج أن الظروف المحيطة بالهبة أو بالوصية تبعث على الريبة وتترك طريقًا للشك في الأسباب الحاملة على هذه الهبة أو الوصية ، وكان يلحق الزوج من جراء ذلك عار أو تهمة في عرضه وشرفه جاز له منعها شرعًا من قبول الهبة أو الوصية .

وصحت هبة أحد الزوجين للآخر متاعًا وإن لم ترفع يد الواهب عنه .

وصحت هبة دار السكنى من الزوجة لزوجها بلا خروج ، لا العكس فلا بد من الخروج . الشخص الفاقد النطق (الأخرس) يقبل عن نفسه بالإشارة إن كانت ممكنة وبأي طريق يمكن معرفة رغبته وإلا قبل عنه قيّمه إن كان ، هذا إذا كان بالغًا رشيدًا ، فإن كان قاصرًا فحكمه كأي قاصر ، وقد سبق إيضاحه [2] .

---

(1) في الأصل : [.صح] .

(2) خالفت المادة 488 مدني مصري والمادة 461 فيما اشترطتاه من وجود ورقة رسمية للزوم الهبة في العقار . ونص المادة الاخيرة : « 1 - يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول أن تكون بورقة رسمية ، وإلا وقعت =

عدم أهلية التصرف والقبول الخاصة :

نص التشريع الوضعي على أشخاص لا يجوز لهم قبول الهبة ولا الوصية ، وحكم التشريع الإسلامي فيهم كالآتي :

أولًا : الولد الطبيعي : والولد الطبيعي هو الذي لا يستند وجوده إلى فراش شرعي قائم ، ويمنع الزواج بين أمه وأبيه لوجود زواج آخر قائم ، سواء اعترف به أبوه وأمه ، أم لا (تشريع وضعي) .

وفي التشريع الإسلامي الولد الطبيعي هو الذي نشأ عن فراش غير شرعي ، أو عن نكاح لم يدرأ الحد ولم يعترف به الزوج ، فهو ولد الزنا ، فإن نشأ عن نكاح درأ الحد كالغلط أو السهو أو كان نكاحًا بلا شهود أو اعترف به أبوه أنه ابنه واستوفى الاعتراف أحكامه أصبح ولدًا شرعيًا ، كالولد المستند إلى فراش صحيح سواءً بسواء . وقد سبق الكلام على ذلك في النسب ، وفي الميراث فارجع إليه إن شئت .

فما دام الولد طبيعيًا فهو ولد زنى ، فتجوز له الهبة من والديه الحقيقيين ومن غيرهم ، كما تجوز الوصية إليه منهم ومن غيرهم لأنه غير وارث ، ومتى اعترف به أبوه صحت الهبة له ، وبطلت الوصية إليه لأنه أصبح وارثًا والوصية للوارث باطلة [(1)] .
واعتراف الأم بالولد يجعله ولدها ولا يقال فيه ولد شرعي ، أو غير شرعي ، لأنه ولدها من نكاح أو من سفاح يرثها كولدها وترثه كأمه بلا أي فارق بين الأولاد الشرعيين المعروف آباؤهم وأولاد الزنا مجهولي النسب . والذي يحدد الوصية لولد الزنى القانون العام ، يعني أن الوصية له محددة بثلث التركة ، لا تزيد عنه .

وحكم أولاد الزنى هو حكم الأولاد الطبيعيين وهم أولاد الزنى ، لأن ولد الزنى هو الذي لا يستند إلى فراش صحيح ، ولم يعترف به أبوه فيشمل الجميع فتصح الهبة والوصية لهم من أبويهم الحقيقيين ومن غيرهم .

ثانيًا : الوصي : يجوز للوصي وللقيم الهبة لمحجورهما بلا أي قيد أو شرط وهما

= باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر .

2 - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تنعقد الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية . » وهو ما جاء في المادتين 602 ، 603 من القانون المدني العراقي والمادة 525 عراقي .

(1) قاعدة : الوصية للوارث باطلة .

اللذان يقبلان عن القاصر والمحجور عليه نيابة عنهما . وأما الوصية من الوصي أو القيم لمحجورهما فتجوز إذا كان الصغير والمحجور عليه ليس وارثًا منهما ، فإن كان وارثًا فلا تصح الوصية لأنه لا وصية لوارث . وأما هبة القاصر أو المحجور عليه لوصيه ، أو قيمه فغير جائزة إطلاقًا ، لأنها تصرفات بغير عوض ، وهما ممنوعان منها وتصرفات لمن يتهم عليها ، وهو الوصي أو القيم فهي غير جائزة إطلاقًا .

وأما الوصية للوصي أو القيم من القاصر والسفيه فهي جائزة ولا حجر فيها ، اللّهم إلا إذا ثبت حمل القاصر أو السفيه عليها من وصيه أو قيمه ، فتكون غير صحيحة لأن إرادة الموصي غير كاملة وفيها إكراه على عمل الوصية فيصح طلب إبطالها من القضاء .

فإن كان الوصي أو القيم وارثًا للقاصر أو السفيه فلا تصح الوصية لهما لأنهما وارثان ، ولا وصية لوارث [1] .

وللقاصر الذي بلغ سن الرشد أن يهب ما يشاء لمن يشاء بعد بلوغ سن الرشد . والواجب أن تكون الهبة بعد تسليمه نصيبه وجميع حقوقه والإشهاد على ذلك ، وإلا كانت الهبة بإكراه من الوصي أو القيم ليسلم من فكت وصايته لرشده أمواله . ولا يصح ترك باب الإكراه مفتوحًا فيستغله من لا خلاق لهم في ابتزاز أموال الناس بالباطل .

فإن كان الوصي أو القيم من قرابة من فكت وصايته كأب أو جد مثلًا ، فلا تمنع هبته ولو لم يتسلم أمواله ، أو كان العرف والعادة ذلك لرد هبة ثواب (هدية منتظر رد مثلها) فيجوز ذلك .

ثالثًا : الأطباء والصيادلة ورؤساء الديانات وضباط البحرية : كل هؤلاء تجوز الوصية لهم ما لم يحصل تأثير منهم على المريض أثناء مرضه الذي مات فيه لنقص إرادة الموصي ، فإن لم يحصل تأثير من أحد على المريض أو المسافر ، فوصيته في ثلث ما ترك من تركة بعد وفاء الدين .

ولاشك أن إثبات التأثير في مثل هذه الأحوال عسير ، ولكن من ادعى ذلك فعليه عبء الإثبات .

يمكن إخفاء الهبة تحت أي عقد من العقود ، أو أي عمل من الأعمال ، فإن كان الشخص المتصرف بالغًا عاقلًا رشيدًا فلا يمنعه أحد لأنه تصرف فيما يملك ، فإن كان

(1) قاعدة : لا وصية لوارث .

محجورًا عليه لصغر أو سفه أمكن لوليه أو وصيه تُعُقِّبَ هذا التصرف مِمَّن يراه مصلحة له .

فإن كان التصرف لأحد الأقارب المتهم فيهم كانت الشبهة قوية في المحاباة . فكل من ادعى بطلان تصرف من مريض ، وجب عليه تقديم الأدلة بجميع أنواعها بما فيها قرائن الأحوال [1] .

بند [43] الهبات للشخص المعنوي

القانون الفرنسي : يجب التفرقة بين أهلية القبول وأهلية التصرف .

أولًا : أهلية التصرف ، الشخص المعنوي كامل الأهلية ، القاعدة أن الشخص المعنوي كامل أهلية التصرف له صفة التملك بهبة أو بوصية كالشخص الطبيعي سواء بسواء . ومع ذلك فيجب تطبيق قاعدة الاختصاص ؛ فمثلًا لا يوصي لمؤسسة عامة خاصة بمداواة المرضى بملك يصرف ريعه على التعليم أو العكس ، وليس معنى مخالفة الاختصاص بطلان الهبة أو الوصية بل الوصية صحيحة ، وإنما يرجع في القبول وعدمه إلى الجهات الإدارية المشرفة على هذه المؤسسات في توجيه الهبة أو الوصية والقبول أو الرفض .

ثانيًا : الشخص المعنوي المحدود الأهلية ، هذه الأشخاص المعنوية المحددة الأهلية ليس لهم تملك الهبة أو الوصية بما يزيد عن كيان وجودهم ولوازمهم الضرورية كمحل انعقاد جمعية علمية ومكتبتها ، وذلك مثل الجماعات العلمية المعلن عنها في مقر العمودية مثلًا .

الهبات لفقراء مركز أو مدينة :

القاعدة : أباح القانون الهبة والوصية إلى فقراء المدينة أو المركز أو غيرها ، واعتبرها القانون كهيئة لها أهلية الانتفاع بما يوهب أو يوصى به لها ، وقد كان هذا في القانون الروماني ثم في القانون الكنائسي .

فإن بيَّنَ الواهب أو الموصي كيفية استعمال وصيته أو هبته لانتفاع الفقراء اتبع ذلك ، وإن لم يبين صحت الهبة والوصية وتعين معرفة قصده من عمله فتكون مسألة تفسير ممن يتولون توزيع الانتفاع .

---

(1) يقول الدردير عن شرط الموهوب له [شرط الموهوب له أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ويقول عن الموصى له وهو ما صح تملكه وإن كمسجد وصرف في مصالحه . الشرح الصغير جـ 4 ص 177 .

الجمعيات غير المعلنة :

الجمعيات غير المعلنة ليس لها شخصيات معنوية مطلقًا فليست أهلًا لتملك هبة أو وصية أيًا كانت ، وهي باطلة فإن كلف الموصي شخصًا بتنفيذ وصيته وبها منحة أو أشياء لجمعية غير معلنة فليس لهذه الجمعية مقاضاة المكلف بالتنفيذ ، حتى تثبت شخصيتها القانونية . ولكن لها أن تستفيد متى اتفق المستحقون على تنفيذ إرادة المتوفى في وصيته .

وهل إثبات شخصية الجمعية مؤخرًا يصحح الهبة أو الوصية السابقة ؟ خلاف بين مجلس الدولة الاستشاري الذي يقول بأن التصحيح اللاحق يكفي في أخذ الوصية أو الهبة السابقتين ، وبين رجال القضاء الذين يقولون يجب أن تكون شخصية الجمعية صحيحة قبل وفاة الواهب أو الموصي ، وإلا لا يصح لها الانتفاع بما أوصى به أو وهبه لها قضاء فلا يحكم به .

ثانيًا : أهلية التصرف : الذي له حق القبول للهبة والوصية في المنشآت العامة هو الرئيس القانوني كالمدير في المديرية والمأمور في المركز مثلًا أو العمدة . وأما الهبة والوصية للفقراء فالذي يقبل عنهم مكتب توزيع المبرات والخيرات الموجود في مكان الهبة أو الوصية ، فإن لم يكن فالعمدة .

والذي له الحق في إجازة القبول وعدمه هي الجهة الإدارية ولا يمنع القبول المؤقت من الرؤساء المباشرين حتى يتم الشكل النهائي للقبول [1] .

بند [44] الهبات للشخص المعنوي

التشريع الإسلامي : المراد بالهبات هنا للشخص المعنوي ما يشمل الذات أو المنفعة ليدخل الوقف ، لأن إعطاء الذات بلا مقابل هو الهبة بالمعنى الفقهي المصطلح عليه ، وإعطاء المنفعة بلا مقابل هو الوقف بالمعنى الفقهي ، وإعطاء ذات أو منفعة بلا مقابل هبة بالمعنى الأعم .

والمراد بالشخص المعنوي ما ليس فيه حياة فيشمل الجماد كالمساجد والتكايا ، أو ما ليس بمحصور كالفقراء والمساكين ، أو ما ليس بموجود كمن سيولد لزيد أو

---

(1) انظر : البنود من 931 إلى 952 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 211 .

عمر مثلًا وليس بمتحقق الحمل وقت الاستحقاق [1] .

فأهلية الشخص المعنوي كاملة في صحة التملك ، وفي جواز الهبة فتجوز الهبة والوصية للمساجد عمارة أو تعميرًا والتكايا والقناطر مثلًا وللفقراء والمساكين لأهل بلد أو محلة أو مركز أو مديرية مثلًا وللمدارس المتنوعة ولمكاتب تحفيظ القرآن .

أما مسألة الاختصاص في نوع المنفعة أو الخدمة العامة التي تخصص فيها هذا الشخص فلا أهمية لها ولا تبطل هبة ولا صدقة ولا وقف لمسجد خصص مثلًا للتعليم فإن القائم على أمر المسجد ينفذ ذلك في التعليم أو يرى الحاكم المنفعة في مثل هذا فيتصرف فيه حسب إرادة الواهب أو الواقف فالهبة والوقف على هذا صحيحان لاغبار عليهما وتولِّي التنفيذ يرجع للمصلحة العامة بما لا يخالف إرادة المنشئ .

فإن كان الوقف أو الهبة خارجة عن نطاق الجهة الموهوب لها أو الموصى لها مثلًا كمن أوصى بمشتري أدوات حرب أو طيران مثلًا في وصيته لمستشفى فالوصية صحيحة لكن يكون التصرف لولي الأمر في مثل هذا ليكون التخصص في نوع ما يصرف فيه .

والقبول لهذا الشخص المعنوي ليس بشرط لأن شرط القبول في الهبة والوصية إذا كانتا لمعين عاقل فإن رد الموهوب له المعين الأهل فهي للواهب أو لورثته .

وفي الوصية لو لم يقبل الموصى له المعين ما أوصى به له ردت الوصية للورثة وفي الوقف على المعين الأهل بأن كان رشيدًا يشترط قبوله فإن رد المعين الأهل أو ولي صبي أو مجنون أو سفيه فللفقراء ولا يرجع ملكًا للواقف ولا لورثته وقال مطرف [2] من علماء المالكية : يرجع ملكًا لربه أو لورثته .ويفهم من قول الإمام مالك « إن رَدَّ المعين يكون لغيره » أن ذلك باجتهاد الحاكم لا لخصوص الفقراء . ونص الفقهاء على أن الوصية تبطل بردَّة الموصي أو الموصى له ، وقيل : تبطل بردة

---

(1) يقول الدردير عن الموصى له « إن كان الموصى له كمسجد ورباط وقنطرة صرف الموصى به في مصالحه من مرمة وحصر وزيت ومازاد على ذلك فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحوهم احتاجوا أم لا ، كما إذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فلهم » الشرح الصغير جـ 4 ص 181 .

(2) هو مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالى المدني . روى عن جماعة منهم : مالك وبه تفقه . وعنه : أبو زرعة وأبو حاتم الرازيان والبخاري وخرج له في الصحيح .

قال الإمام أحمد : كانوا يقدمونه على أصحاب مالك . توفي سنة 220 هـ . شجرة النور الزكية رقم 57 .

الموصى له وهو وجيه (والردة هي الكفر) (1) .

وأما الموهوب له غير المعين ، والموصى له غير المعين ، والموقوف عليه غير المعين ، ففيها التفصيل الآتي .

ففي الموهوب له غير المعين : الهبة صحيحة كأن قال : داري هبة على الفقراء والمساكين ؛ فالهبة صحيحة لكن لا يقضى بها لعدم وجود مخاصم يملك حق طلب الحكم بتسليم العين الموهوبة ، ولكن يجب عليه تنفيذ ذلك ديانة فيما بينه وبين ربه .

وشرط قبول الهبة من الموهوب له موجود ضمنًا متى أراد الواهب تنفيذ هبته . ولكن ليس لبيت مال المسلمين ولا لجماعة المسلمين المطالبة بتسليم العين الموهوبة ؛ فالفقراء والمساكين موجودون وأهلٌ للقبول متى وصل إليهم ما وهبه فإن لم ينفذ هبته ولا طريق لإجباره فتلغى هبته .

غير أن لي رأيا شخصيا وهو أن يدعي أحد الفقراء أو المساكين من أهل المحلة التي يقيم بها أن زيدا وهب كذا للفقراء والمساكين وأنا منهم ، وقد قبلت ما خصني فيها وطالبته بتسليم نصيبي إليّ وقدره كذا (مثلًا) فامتنع ، ويطلب الحكم عليه به فلا أرى بأسًا أن يجيبه القاضي بالحكم له .

ومع هذا فقد نص الفقهاء على ما يأتي (إذا قال : داري صدقة أو هبة للفقراء لم يقض عليه لعدم من يخاصمه ، فيجب عليه التنفيذ فيما بينه وبين اللّه . وإن قال : داري صدقة أو هبة على زيد قُضي عليه بها ، وإن قال : داري صدقة في مسجد سماه وعينه ففي القضاء عليه إذا امتنع وعدمه قولان ، ومثل المسجد المارستان والتكية مثلًا .. اهـ) .

وفي الموصى له غير المعين تجوز الوصية للفقراء والمساكين وتجوز الوصية لمن سيولد ولو لم يكن محمولًا به وقت الوصية ولا وقت وفاة الموصي وحكم الوصية لغير المعين وجوب تنفيذها وتتبع نصوص الوصية وشروطها إن كانت موجودة وإلا اجتهد الوصي في التنفيذ إن كان وإلا فالحاكم وإلا فجماعة المسلمين (2) .

---

(1) يقول الدردير : [وبطلت الوصية بردة ؛ أي ردة الموصي أو الموصى له] الشرح الصغير جـ 4 ص 183 .

(2) أجازت المادة 26 من قانون الوصية المصري الصادر عام 1946 م الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، كما جاء في المادة 30 من هذا القانون صحة الوصية لمن لا يحصون على أن يختص بها المحتاجون منهم . وهو ما جاء في المادتين 231 ، 233 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادتين 236 ، 240 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

وفي الموقوف عليه غير المعين يجوز الوقف ويجب تنفيذه على أحد القولين كالوصية سواء بسواء .

فالهبة والوصية لفقراء مركز أو بلد أو مديرية جائزان والذي يتولى تنفيذ ما ذكر إمَّا الواهب أو من يعينه . وإما الوصي أو الورثة ، وإلا فالحاكم إذا كان عدلًا وإلا فجماعة المسلمين .

ليس في التشريع الإسلامي جمعيات معلنة وغير معلنة لأن هذا مرجعه التحديد الإداري فإن أمر ولي الأمر بتشريع مثل هذا مراعاة للمصلحة العامة عمل به وإلا فالأصل الجواز مادام المقصد ليس معصية ولا خروجًا على النظام العام ولا نقضًا لأصل من أصول الدين .

والذي يقبل الهبة ويتصرف فيها أو الوصية هو رئيس الجهة الموهوب لها أو وزارة الأوقاف للمساجد والتكايا أو مجلس المديرية مثلًا ويصرفها حسب شرط الواهب أو الواقف أو الموصي .

بند [45] وقت وجود الأهلية للمتصرف والمنتفع

القانون الفرنسي : تجب التفرقة بين الهبة والوصية .

الهبة : يجب معرفة وقت قبول الموهوب له .فإن كان قبوله في إشهاد الهبة نفسها فالواجب تحقق أهلية الواهب والموهوب له وقت عمل إشهاد الهبة . وإن كان القبول في غير إشهاد الهبة فيوجد ثلاثة أوقات .

(1) وقت إشهاد المعطي . (2) وقت قبول الموهوب له .

(3) وقت إعلان الواهب قبول الهبة من الموهوب له .ففي الثلاثة أوقات تجب أهلية الواهب للتصرف وتجب أهلية الموهوب له في القبول . والوصية يشترط أن يكون الموصي أهلًا وقت وصيته لا وقت موته . لكن يشترط أن يكون أهلًا لترك وصية . فإن حكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة في جريمة فلا تصح وصيته بعد الحكم ويشترط في الموصى له أن يكون أهلًا وقت وفاة الموصي فقط .

الشروط والتكاليف التي يمكن أن تكون في العطايا :

الفرق بين الشروط وبين التكاليف : لا يجب الخلط بين الهبة بشرط ، والهبة مع تكليف فإن العطايا مع تكليف هي تخصيص قسم من الهبة أو الوصية إلى شخصية

مختلفة بإدارة الموصي أو الواهب .

والعطايا بشرط هي ما كان وجودها أو بقاؤها خاضعًا لحادث محدد مستقبل وغير مؤكد .

أولًا : العطايا بشروط : القاعدة أن يطبق على الشروط في العطايا القانون العام المذكور في نظرية العقود السابقة .غير أنه يصح التوسع في الشرط المستحيل أو الغير قانوني .

الشرط المستحيل أو الغير قانوني : تقدم أن العقد الذي يحتوي على شرط مستحيل أو غير قانوني يكون باطلًا م 1172 . ولكن المادة 900 خالفت هذا في الهبة والوصية ، وجعلت كليهما صحيحًا ولو اشتمل على شرط مستحيل أو غير قانوني فالهبة والوصية حتى مع هذا الشرط صحيحتان ويلغى الشرط ويفترض كأنه لم يكن .

وعلى هذا تُبحث المادة 900 في ثلاثة مواضع :

(1) القاعدة من حيث هي .

(2) تحديد القاعدة بمعرفة المتشرعين .

(3) الشروط التي تطبق .

أولًا : القاعدة ، في القانون الروماني كان الشرط المستحيل أو غير القانوني مبطلًا للعقد بين الأحياء ، ولكن في الوصية كان معتبرًا ملغيًّا والوصية صحيحة .

وفي القانون المدني أن الشرط المستحيل أو غير القانوني لا يلغي عقد الهبة ولا الوصية ، ولكن يفترض عدم وجود الشرط المذكور .

ثانيًا : تحديد القاعدة بمعرفة المتشرعين تكون في بحث الشرط نفسه بمساعدة نظرية السبب ، فإن كان الشرط المذكور في إشهاد الهبة أو في الوصية ليس تابعًا لوجودها يعني توجد بدونه بطل الشرط ، وصحت الهبة أو الوصية . وإن كان الشرط هو أساس وجود الهبة أو الوصية وهو المحدِّدُ لها فتكون باطلة من أساسها ، ولا تطبق المادة 900 بل المادة 1131 والبطلان يكون عامًّا لأن سببها غير قانوني .

وتفسير الشرط ومعرفة هل هو أساسي أو تابع يكون بمجموع الظروف المحيطة بعمل نفس الإشهاد فهو خارج عن مراقبة محكمة النقض .

ثالثًا : شروط تطبيق المادة 900 : الشرط المستحيل ما كان تحقيقه مستحيلًا ماديًّا أو جسمانيًّا ، والشروط غير القانونية هي ما خالفت القانون بأن كانت ضد حق

مقرر قانونًا كحقوق الأبوين في الأحوال الشخصية ، والشروط المخالفة للآداب هي ما خالفت الآداب العامة وكذلك ما خالفت النظام العام المقرر قانونًا .

ثانيًا : العطايا مع تكليف : إذا كان الموصى له أو الموهوب له مكلفًا باستعمال العطايا كلًّا أو بعضًا في شيء محدد بإرادة الموصي أو الواهب ، فيقال هناك هبة مع تكليف ، ويمكن إرجاع التكاليف إلى ثلاثة أصول :

1 - تكليف ترتَّب لمصلحة المعطي ، كمن أعطى شخصًا مبلغًا كخمسين جنيهًا على أن يدفع دينه البالغ 20 جنيهًا ويأخذ الباقي لنفسه فالهبة في الواقع 30 جنيهًا ولكن كل ال 50 جنيهًا تعتبر عطية مع تكليف .

2 - تكليف ترتَّب لمصلحة المعطى له ، كمن أعطى شخصًا مبلغًا على أن يكون منه جزء مهره مثلًا .

3 - تكليف رتب لمصلحة آخر ، كمن أعطى شخصًا عقارًا على أن يرتب معاشًا سنويًّا لشخص سماه [1] .

بند [46] وقت وجود الأهلية للمتصرف والمنتفع

التشريع الإسلامي : يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب أهلًا للتصرف في ماله [2] وقت الهبة [3] ، وتستمر أهليته حتى يحوز الموهوب له الهبة ، وشرط الحوز حصوله قبل المانع ، ومانع الحوز المبطل الهبة ما يأتي [4] :

1 - طرو دين أحاط بالواهب قبل أن يحوز الموهوب له .

2 - هبة الواهب لموهوب له ثان غير الأول وحاز الموهوب له الثاني قبل الموهوب له الأول ، فالهبة تكون للموهوب له الثاني لترجح جانبه بالحوز ، ولو جد الأول في الطلب ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول .

---

(1) انظر : البنود من 900 إلى 912 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 200 - 202 .

(2) أما الواهب ، فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا ما كان الموهوب صحيح الملك . (بداية المجتهد 185/2) .

(3) قاعدة : يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب أهلًا للتصرف في ماله وقت الهبة .

(4) يقول الدردير : « الهبة تمليك من له التبرع خرج به الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران » . الشرح الصغير جـ 4 ص 331 بداية المجتهد جـ 2 ص 33 . الكافي لابن عبد البر ص 528 وما بعدها .

3 - موت الموهوب له المعينة الهبة له قبل أن يحوز الهبة بعد علمه .

4 - موت الواهب قبل حوز الموهوب له أو قبل وصول الهبة إليه .

5 - جنون الواهب أو مرضه المتصلان بموته مبطل للهبة ؛ لأن شرط الحوز حصوله قبل المانع (1) .

فإن باع الواهب الهبة قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في الطلب للحوز فلا تبطل ويخير الموهوب له في رد البيع وإجازته وأخذ الثمن وإلا جاز البيع إن علم به وفرط في حوزها وله الثمن وقيل الثمن للواهب (2) .

ومن وهب شيئًا لمن هو في يده عارية أو وديعة أو دينًا عليه ، فإن علم الموهوب له ، وقبل في حياة الواهب صحت الهبة باتفاق ، وإن لم يقل : قبلت حتى مات الواهب ، فقبل بعده أو لم يقبل بطلت الهبة ، عند ابن القاسم ، وصحت عند أشهب ، وإن لم يعلم بالهبة حتى مات الواهب بطلت اتفاقًا .

وإن وهب لغير من هي في يده بطلت بموت الواهب قبل الحوز في الصور الثلاث .

فإن باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل إذا أشهد على ذلك وأعلن ، وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه .

ومعنى كل هذا أنه يشترط بقاء أهلية التصرف في الواهب حتى يحوز الموهوب له الهبة فإن حصل مانع مع بقاء الأهلية كموت أو جنون أو إحاطة دين إلخ ما ذُكر بطلت الهبة فالعبرة في الهبة بأهلية التصرف من الواهب حتى حوز الموهوب له (3) .

وصح حوز واهب لمحجوره إن أشهد أنه وهبه لمحجوره ، إلا إذا وهب ما لا يعرف بعينه كالمثلث فلا بد من إخراجه من حوزه قبل المانع وإلا بطلت ورجعت

---

(1) تبطل الهبة بحصول مانع قبل حوزها من إحاطة دين أو جنون أو مرض اتصلا بموت الواهب أو موت للواهب قبل الحوز ، وبطلت بهبة من واهبها لشخص ثان غير الأول . (الشرح الصغير 340/3) .

(2) لا تبطل الهبة ببيع من واهبها قبل علم الموهوب له ، وكذا بعد علمه ، ولم يفرط في حوزها . (الشرح الصغير 431/3) .

(3) الشرح الصغير (340/3) وقد مضى بيانه .

ميراثًا ولا يكفي الإشهاد . وفي هبة البيت كذلك لا بد من خروجه منه .

وشرط الموهوب له أن يكون أهلًا للقبول صراحة أو دلالة ، لأن الهبة لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول ، والقبول يكون صراحة أو دلالة كما صرح به الحطاب [1] .

ويجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، كما قال القرافي [2] وابن عرفة [3] ، ونصه : قال ابن عتاب [4] : ومن سكت عن قبول صدقته زمانًا فله قبولها بعد ذلك ، فإن طلب غلتها حلف ما سكت تاركًا لها وأخذ الغلة اهـ .

ومقتضى هذا أن الموهوب له يجب أن يكون موجودًا حقيقة أو حكمًا كحي بالفعل أو في حكم الحي كمولود أو كحمل محقق ، فإن لم يكن غير موجود إطلاقًا لا حقيقة ولا حكمًا فالهبة غير موجودة لأن القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط فالهبة لغير موجود باطلة لتخلف الركن وهو القبول وتخلف الشرط وهو الحيازة [5] .

وبعد تحرير هذا اطلعت على نص نقله المرحوم فضيلة الشيخ مخلوف المنياوي [6] في

(1) هو بركات بن محمد الحطاب المكي . أخذ عن والده وغيره وعنه جماعة منهم ابن أخيه يحيى بن محمد الحطاب ووالده الشيخ أحمد بابا بالإجازة . له شرح على خليل في أربعة أسفار سماه المنهج الجليل . توفي عن عمر عال بعد سنة 980 هـ . شجرة النور الزكية ص 279 رقم 1049 .

(2) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي كان بصيرًا بالفقه عارفًا بالتفسير ، درس بالمدرسة الصالحية في القاهرة ، وتخرج به أئمة ، وله مصنفات ممتعة منها الفروق والذخيرة في مذهب مالك .. ، توفي سنة 682 هـ . سير أعلام النبلاء 277/17 ، هدية العارفين 99/5 .

(3) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة . له تآليف عجيبة في فنون من العلم ، منها مختصر في الفقه أفاد فيه وأبدع ، وتولى إمامة جامع الزيتونية سنة 716 هـ وتوفي في جمادى الثانية سنة 803 هـ . شجرة النور الزكية ص 227 رقم 817 .

(4) أبو محمد عبد الله بن محمد بن عتاب الإمام شيخ الإسلام أخذ من والده وأكثر عنه . كان مولده سنة 433 هـ وتوفي سنة 520 أو 528 . شجرة النور الزكية ص 129 رقم 378 .

(5) يقول الدردير : « وشرط الموهوب له أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له » . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 . بداية المجتهد جـ 2 ص 331 وقد تقدم ما استحدثته المادة 460 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بشأن الهبة للجنين ، وقيام وصيه مقامه في قبول الهبة .

(6) مخلوف بن محمد البدوي المنياوي المصري الأزهري ، من القضاة ، تولى القضاء بمديرية المنيا . من آثاره : حاشية على حلية اللب المصون بشرح الجوهر المكنون ، في البلاغة ، تقريرات على مسلمل عاشوراء لأمير الصغير ، حاشية على رسالة البيان للصبان ، تطبيق القانون المدني على مذهب الإمام مالك ورسالة في =

هذا الموضوع فقال : « من أركان الهبة الأربعة الموهوب له . ويجب أن يكون أهلًا للتملك ولو حكمًا كمن سيولد (أي حمل موجود) أو سيوجد . فإن كانت ستوجد الأهلية فيصح الوقف إلا أنه غير لازم بمجرد عقده بل يوقف لزومه كغلته إلى أن يوجد فيعطاها ويلزم . وعليه فللواقف بيع ذلك الوقف قبل ولادة المحبس عليه ، وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابنِ القاسم ومالكٍ ، فإن حصل مانع من الوجود كموت ويأس منه رجعت. وتصح الوصية لمن يصح تملكه ولو في ثاني حال كمن سيكون من حمل موجود أو سيوجد . فإن كان موجودًا ، فإنه يؤخر الموصى به لوضعه ، فإن وضع واستهل أو تحققت حياته أخذ الموصى به ، وإلا رُدَّ لورثة الموصي ، وإن كان غير موجود من أصله انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ، ثم بعده ترد لورثة الموصي [1]» اهـ .

ويفهم من هذا أن الموهوب له يصح أن لا يكون موجودًا حقيقة أو حكمًا كالوقف والوصية ، أما الوقف والوصية فالمنصوص فيهما أن الموقوف عليه والموصى له لا يشترط وجوده حقيقة أو حكمًا ، لكن التفرقة بين الهبة وبين الوقف والوصية من وجوب الإيجاب والقبول صراحة أو دلالة وإلا لما تحققت الهبة والفروع المترتبة على وجوب الحوز والقبول قبل حصول أي مانع تدل على أنه يجب أن يكون الموهوب له موجودًا حقيقة أو حكمًا وهذا رأيي في النصين ، والله ورسوله أعلم .

شرط صحة الوصية :

ويشترط لصحة الوصية أهليته وقت الوصية فيجب أن يكون مميزًا (لا مجنونًا وصغيرًا وسكرانًا غير مميزين حال الإيصاء) وأن يكون مالكًا للموصى به ملكًا تامًّا

= البسملة . توفي سنة 1295 هـ - 1878 م .

ترجمته في :

هدية العارفين (423/2) ، فهرست الخديوية (133/4) و (124/6) ، فهرس التيمورية (271/2) ، (409/2) ، (274/3) ، فهرس دار الكتب المصرية (192/2) ، (166/6) ، (67/7) معجم المؤلفين لكحالة (838/3) .

وقد نشر مركز الدراسات الفقهية كتابه تطبيق القانون المدني علي مذهب الإمام مالك تحت عنوان المقارنات التشريعية نشرة محققة بالتعاون مع مكتبة دار السلام .

(1) تقدمت الإشارة إلى تناول المادتين 26 ، 30 من قانون الوصية المصري لحكم الوصية للمعدوم ولمن لا يحصون . وقد تضمنت المادة 26 أنه إذا إذا كانت الوصية لمعدوم ولم يوجد وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته ، وتؤول العين الموصى بها إلى ملك الورثة عند اليأس من تحقيق وجود الموصى له . وهو ما جاء في المادتين 231 ، 233 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادتين 236 ، 240 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(فمستغرق الذمة وغير المالك لا تصح منهما) وتصح وصية المميز السفيه أو الصغير [1] إن لم يتناقضا في أقوالهما [2] .

ويشترط في الموصى له أن يكون أهلًا للتملك ولو حكمًا ولو في ثاني حال كمن سيولد من حمل موجود أو سيوجد فيستحقه إن استهل صارخًا أو تعددت رضعاته ونحو ذلك مما يدل على تحقق حياته .

ويشترط قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين فالقبول شرط في وجوبها وتنفيذها بعد الموت فالقبول والرفض قبل الموت لغو والملك للموصى له بالموت ، فوجوب أهلية القبول في الشخص المعين تكون وقت وفاة الموصي .

وصح الإيصاء لمسجد ونحوه ويصرف في مصالحه ، وتصح لميت علم الموصي موته وتصرف في مصالحه ولورثته ، وتصح من مقتول إلى قاتل له علم الموصي بالسبب ، وإن لم يعلم فقولان بالصحة وعدمها . وإن طرأ القتل بعد الوصية ولم يغيرها فهي باطلة

(1) تناولت المادة 116 من القانون المدني المصري تصرفات المحجور عليه للغفلة والسفة ليتسق حكمها مع حكم المادة 67 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال . وهي تنص على أنه يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون .

وهو ما تناولته المادة 130 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحًا متى أذنته المحكمة في ذلك .

2 - وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن .

وكذلك المادة 109 من التقنين العراقي التي تنص على أنه تصح وصايا السفيه بثلث ماله . وكذلك المادة 110 من هذا التقنين التي تنص على أن ذا الغفلة حكمه حكم السفيه .

وهو ما جاءت به المواد 102 ، 103 ، 104 من التقنين الكويتي .

ويتفق هذا مع ما جاءت به المادة 273 من مرشد الحيران التي تنص على أن المحجور عليه حجرًا قضائيًا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 24 .

(2) يقول الدردير عن الوصية وركنها الذي تتوقف عليه : الموصي ، وهو الحر فالعبد ولو بشائبة لا تصح وصيته ، المالك للموصى به ملكًا تامًا ؛ فمستغرق الذمة وغير المالك للموصى به لا تصح وصيتهما ، المميز ، لا مجنون وسكران وصبي لم يميز عندهم حال الإيصاء » . الشرح الصغير جـ 4 ص 181 بداية المجتهد جـ 2 ص 338 وما بعدها .

قطعًا بخلاف القتل بعد الهبة فلا يبطلها قبض أم لا علم أم لا تعمد القتل أم لا [1] .

وبطلت الوصية بردة (بكفر) الموصي أو الموصى له ، وقيل : لا تبطل بردة الموصى له وهو وجيه [2] .

وبطلت الوصية بمحرم ، وبطلت الوصية لوارث مطلقًا ، وبطلت بما زاد على الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت [3] .

والحكم على الموصي بالأشغال الشاقة أو بغيرها لا يخرجه عن أهليته لترك وصية صحيحة ، بل له أن يوصي وهو في السجن .

وإن مات الموصى له قبل وفاة الموصي بطلت الوصية ، علم الموصي بموته أم لا ، ومن علق وصيته على موته في مرضه أو في سفره فلم يمت في مرضه أو سفره الذي عينه فإن الوصية باطلة ، لأنه علقها بالموت وهو لم يمت . وإن مات الموصي على هذه الحال في السفر أو المرض قَبْل موت الموصى له وَقَبِل الموصى له الوصية فقد ملكها ، فإن تأخر تنفيذها إلى موت الموصى له فهي حقَ لورثته .

الشروط والتكاليف التي يمكن أن تكون في العطايا :

الشرط في الهبة أو في الوصية ما عُلِّق الاستحقاق على وجوده كمن وهب لسيدة مبلغًا من المال تستعين به على نفقاتها بشرط أن تكون خالية من الأزواج وعدتهم ، فإن تحقق الشرط استحقت الموهوب له .

والتكليف أن يهب المتبرع شيئًا على أن ينفق منه الموهوب له مثلًا على مسجد ، أو قنطرة مبلغ كذا .

وعلى هذا فالشرط والتكليف في الهبة والوصية لا يبطلانهما ، إلا إذا كانا

---

(1) اتجهت بعض القوانين العربية إلى الحكم بحق الورثة في المطالبة بفسخ الهبة « إذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق » لأنه جحود كبير من الموهوب له يبرر هذه المطالبة ، ولأنه إن جاز للواهب الرجوع في الهبة بمجرد شروع الموهوب له في قتله ، لجحوده فأولى أن تنتهي بالقتل ، ويعد هذا تطبيقًا للأصل القاضي بأن من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه . وهو ما أخذت به المادة 622 من القانون المدني العراقي والمادة 578 مدني أردني ، والمادة 540 كويتي . وأما القانون المدني المصري فلم يرد فيه النص على ذلك ، ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد .

(2) يقول الدردير [وبطلت الوصية بردة الموصي أو الموصى له وبمعصية أي أوصى بمال لها فالوصية باطلة كوصية بمال يشترى به خمرًا يشرب] . الشرح الصغير جـ 4 ص 183 .

(3) بطلت الوصية بمعصية أي أوصى بمال لها فالوصية باطلة .

وبطلت الوصية لوارث لحديث : « لا وصية لوارث » ويعتبر الزائد يوم التنفيذ لا يوم الموت . (الشرح الصغير 179/4) .

محرمين مثلًا فتبطل الهبة المشروط فيها محرمًا كمن وهب لزيد كذا بشرط أن يقتل عمرًا ، ويكون التكليف فيها باطلًا وغير لازم ، كمن وهب لزيد ألفًا على أن يدفع ثمن خمر لخريستو 50 مثلًا فالهبة صحيحة في غير التكليف وباطلة فيه .

والوصية صحيحة في الشرط المباح أو في الطاعة وباطلة في الشرط المحرم ؛ فلو أوصى على شرط يقوم به الموصى له فلم يفعل ترد منه الوصية . كمن أوصى لأم ولده بوصية على أن لا تتزوج فتوفي ونفِّذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذته [1] .

وإني أرى أن مثل هذا الشرط قد يجر إلى سوء الأخلاق فتعمل هذه السيدة جهدها لعدم التزوج ظاهرًا أمام أعين الناس ، ولكن في الواقع تعمل ما يشبع شهوتها التي ركبها اللّه في خلقة تكوينها ، خصوصًا في زمن كثر فيه الفسق والفجور ؛ فخير لمثل هذه أن تعف بزواج شرعي من زواج عرفي مكتوم ، وقد يكون لا زواج فتكون هي الطامة ، وحسبك ما يترتب عليه من حمل ووأد وقيل وقال .

على أني أرى أيضًا أن مثل هذا الشرط تَحَكُّم من متوفًّى في عالم آخر غير مادي فيمن بقي حيًّا ولا علاقة بينهما أبدًا بعد الوفاة ، وإن مثل هذا الشرط قد أملاه عليه حب الأنانية والأثرة ، لأنه يريد أن لا يتمتع بها غيرُه ، حتى ولو كان هو غير قادر على التمتع ، وحتى ولو كان هو رمادًا ، يجب أن يفهم المرء من حيث هو بشر سيفنى أن لا يتعدى حدوده فيرتب ماله حق فيه لا ما بقي بعد الوفاة ، فإنه بالوفاة

---

(1) لا يتنافى اشتراط الواهب قيام الموهوب له بأداء التزام معين مع مفهوم الهبة وقيامها على معنى التبرع ، طبقًا لما أخذت به القوانين العربية وما قرره الفقه الإسلامي ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 486 مدني مصري تنص على ما يأتي :

« يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

وهو ما جاء في المادة 611 من التقنين العراقي والمادة 557 من التقنين الأردني .

ويتضح ما قرره الفقه الإسلامي بالرجوع إلى المادة 855 من مجلة الأحكام العدلية . ونصها : « تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط . مثلًا : لو وهب أحد لآخر شيئًا بشرط أن يعطيه كذا عوضًا ، أو يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة إذا راعى الموهوب له الشرط . وإلا فللواهب الرجوع عن الهبة . كذلك لو وهب أحد وسلم عقارًا مملوكًا له لآخر بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته ثم ندم فأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيًا باتفاقه على ذلك الشرط » . وقد نصت المادة 77 من مرشد الحيران على أن : « الهبة تمليك العين بلا عوض ، وقد تكون بعوض » . وهو ما جاء في المادة 368 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة والمادتين 546 ، 547 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك .

ذهب في العالم اللانهائي وكلنا سنكون فيه وستذهب ذكرانا وأعمالنا ، إلا ما حفظ الله فهو الباقي بعد فناء خلقه ، وإليه المرجع والمصير .

وأما تعليق الهبة أو الوصية على شرط مستحيل فقد سبق في الالتزامات أن الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزَم له حكمه حكم الالتزام المطلق فيقضى به متى وُجِد المعلق عليه إن كان الملتزم به معينًا ، وإلا فلا كإن شفى الله مريضي فلك ألف درهم فيقضى بها وقد نصوا على عدم حِنْثِ من علق الطلاق بمستقبل ممتنع عقلًا أو عادة أو شرعًا في صيغة بِرٍّ نحو أنت طالق إن جمعتُ بين الضدين أو إن لمست السماء أو إن شاء هذا الحجر أو إن زنيت بخلاف صيغة الحنث نحو إن لم أجمع بين الضدين فالعقود المعلقة بالمستحيل إن كانت مما يقبل التعليق فلا تنعقد ، فالعقد على المستحيل [1] والمحظور باطل فما يبنى عليه كذلك .

الهبة مع تكليف جائز شرعًا تجوز وكذا الوصية سواء أكان التكليف لمصلحة المعطي أم المعطى له ، وأما التكليف لمصلحة آخر فإن كان بأمر لا غرر فيه وبأمر غير ممنوع شرعًا فلا مانع منه .

---

(1) تناولت المادة 252 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حكم تعليق الالتزام على شرط مستحيل ، ونصها : يعتبر الالتزام غير قائم إذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالف للنظام العام أو للآداب ، سواء كان الشرط واقفًا أو فاسخًا » . وهو ما أخذت به المادة 226 مدني مصري والمادة 287 والمادة 324 كويتي والمادة 397 مدني أردني .

وتتفق هذه النصوص مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 319 من مرشد الحيران على أن : « التعليق على مستحيل لغو غير معتبر » .

راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 82 .

نتيجة المقارنات من بند 35 إلى نهاية بند 46

يتفق التشريعان فيما يأتي :

قسمة التركة - نتيجة القسمة المظهرة - ضمان الأنصبة - إبطال القسمة (في الجملة) - الهبة - الوصية في الغالب - القواعد العامة للهبة والوصية - تصرفات عديمي الأهلية - الهبات للشخص المعنوي - الهبة لفقراء مركز أو مدينة - وقت وجود الأهلية للمتصرف والمنتفع .

بند [47] الكمية الزائدة والمحفوظة (الاحتياطي) في التركة

القانون الفرنسي [1] :

نظرة عامة : الجزء المحفوظ أو الاحتياطي هو قسم من الأملاك لا يجوز للشخص المالك التصرف فيه لا بالهبة ولا بالوصية إضرارًا بأصوله أو بفروعه .

والجزء الزائد هو الذي بقي بعد الاحتياطي ، ويجوز التصرف فيه لمالكه بحرية تامة للورثة أو للأجانب .

والجزء المحفوظ وجد استثناء من قاعدة التصرف المطلق لكل مالك فيما يملك . ويرتكز على المساعدة المتبادلة بين الشخص وأقاربه ، فكما أنه إذا احتاج لجأ إليهم لمساعدته فكذلك لا يصح أنه بعد الموت ينتفع به الأجانب دون الأقارب ، ولأن هذا فيه معنى الاشتراك في أموال العائلة التي يجب عدم حرمان الورثة منها .

وهذا النظام مأخوذ من القانون الروماني والقانون القديم والكلام في هذا الباب يرجع إلى عدة فصول .

أولًا : تحديد الورثة أصحاب الاحتياطي ، وتحديد الاحتياطي .

الورثة ثلاثة أقسام :

أولًا : الأولاد وأولادهم الشرعيون ، الاحتياطي يتعلق بفروع المتوفى قريبة أو بعيدة . وكذلك يكون الاحتياطي لفروع المتوفى المعترف بشرعيتهم . وقد أعطى المتشرعون هذا الحق لأولاد المتبنين وأولادهم من مال المتبنِّي .

والكمية المحفوظة تعرف بمقابلتها بالجزء الزائد .فالزائد إذا ترك المتوفى ولدًا واحدًا شرعيًا النصف ، وولدين الثلث ، وثلاثة أولاد فأكثر الربع . فالجزء المحفوظ هو النصف والثلثان والثلاثة أرباع حسب عدد الورثة المذكورين . وتعد أولاد

---

(1) انظر : البنود من 913 إلى 952 في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 214 .

الأولاد كشخص مورثهم فقط بالنسبة للجزء المحفوظ سواء ورثوا مكان مورثهم مع أعمامهم مثلًا ، أو ورثوا باستحقاقهم الشخصي .

ثانيًا : الآباء والأجداد (الأصول) ، منح القانون أيضًا أصول المتوفى الكمية المحفوظة أو الاحتياطي من أي درجة تكون ، بشرط كون الأصول شرعيين . فإن كانت الأصول طبيعيين فلا احتياط لهم ، ويصح لولدهم حرمانهم من الميراث بهذه التصرفات .

والكمية الزائدة بالنسبة للأصول هي نصف التركة إن ترك أمه وأباه . فإن ترك أحدهما فله ثلاثة أرباع التركة . فالجزء المحفوظ لكل قرابة من الأب أو الأم الربع .

ثالثًا : ولد طبيعي ، أعطى القانون للولد الطبيعي حق الكمية المحفوظة كالآتي :

(1) وجود الولد الطبيعي مع أولاد شرعيين . فالاحتياطي له نصف ما كان له من احتياطي إذا كان ولدًا شرعيًا . فلو ترك المتوفى ولدين أحدهما شرعي والآخر طبيعي فنصيبهما من الاحتياطي الثلثان ، كل واحد منهما الثلث . فالولد الطبيعي له احتياطي نصف ثلث = $\frac{1}{6}$ فيكون احتياطي الولدين من التركة النصف . ويؤخذ احتياطي الولد الطبيعي كالآتي . إن ترك المتوفى ولدًا أو ولدين شرعيين أخذ نصف الاحتياطي للولد الطبيعي من احتياطي الشرعيين والنصف الآخر من الكمية الزائدة ، وإن ترك أكثر من ولدين شرعيين أخذ احتياطي الولد الطبيعي جميعه من احتياطي الأولاد الشرعيين .

(2) وجود الولد الطبيعي مع الحواشي الممتازين ، وهم الإخوة والأخوات : فاحتياطي الولد الطبيعي في هذه الحالة ثلاثة أرباع نصيبه لو كان ولدًا شرعيًا . غير أن الولد الشرعي في هذه الحالة له احتياطي النصف فيكون للولد الشرعي ثلاثة أرباع النصف يعني $\frac{3}{8}$ التركة . فإن ترك المتوفى الحواشي غير الممتازين مع الولد الطبيعي كان احتياطي الولد الطبيعي مماثلًا لاحتياطي الولد الشرعي .

(3) وجود الولد الطبيعي مع أحد أصول المتوفى . حدد القانون الكمية الزائدة في هذه الحالة كالآتي : نصف التركة إذا وجد ولد واحد ، ثلث التركة متى وجد ولدان . ربع التركة متى وجد أكثر من اثنين . فيأخذ أب المتوفى أو أمه نصيبه من

الكمية المحفوظة والباقي للولد . فإذا ترك 80 جنيهًا تركة ، الاحتياطي 40 جنيهًا فيأخذ الأب نصيبه أولًا وهو $\frac{1}{8}$ من أصل التركة = 10 جنيهات من 40 جنيهًا الاحتياطي = 30 وهو احتياطي الولد الطبيعي مع أحد أصول المتوفى .

ثانيًا : طبيعة الاحتياطي القانونية ونتائجه :

طبيعة الاحتياطي القانونية أنه حق وراثي يعني جزء موروث من التركة . وينتج عن ذلك :

(1) يجب أن يكون الوارث مستحقًّا في الميراث ليكون له حق الاحتياطي . فإن ترك المتوفى حواشي مفضلين كإخوة وأخوات مع جد لأب فالذي يرث الحواشي المفضلون ، فلا يستحق الجد من الاحتياطي شيئًا لأنه لا يرث . فإن ترك أخًا أو أختًا وجدًّا لأب وموصى له فللجد للأب حق الاحتياطي مع تنازل الأخ عن الميراث ، لأن الجد يصبح وارثًا ، فله حق في الاحتياطي .

(2) يجب أن يقبل الوارث الميراث ليكون له حق الاحتياطي ، فإن تنازل الوارث ، الذي له حق الاحتياطي سقط حقه فيه ، فلا يصح الادعاء به بدعوى مباشرة ، أو بدعوى غير مباشرة .

فإن وهب المورث لأحد الورثة جزءًا معجلًا ثم توفي واحتفظ الوارث بالهبة وتنازل عن الميراث فهل كذلك له الاحتفاظ بحقه من احتياطيه أم لا ؟ خلاف قُضِي أولًا بالجمع بين الهبة والنصيب في الاحتياطي ، ثم قُضِي بعدم الجمع ثم رجع إلى القرار الأول وهو الجمع .

(3) حساب الاحتياطي يجب عدم احتساب من يتنازل عن الميراث .في الوسط القضائي يجب عدم النظر إلى من يتنازل عن الميراث بل يجب احتساب الوارثين أصحاب الاحتياطي وقت وفاة المتوفى وتطبيق القانون ، بقطع النظر عن من قبل الميراث ومن رفض .

ثالثًا : احتساب الكمية الزائدة والاحتياطي :

بعد وفاة المتوفى تحصر تركته ثم ينظر في تصرفاته من هبة أو وصية فإن كانت التصرفات زائدة عن الذي له حق التصرف فيه قيل : إنه تجاوز حق التصرف ، وإلا

فلا اعتراض على تصرفاته . ولبيان ذلك تجري العمليات الأربع التالية :

1 - تكوين جملة الأملاك الموجودة ، وهذه الأملاك تشمل كل ما كان يملكه المتوفى وقت وفاته حتى ما تصرف فيه المتوفى من هبة لأملاك مستقبلة أو وصية .

2 - استنزال الدين وإسقاطه ، يجب إسقاط الديون التي تثقل أعيان التركة ، وقد نص على أن إسقاط الدين يجب أن يكون بعد جعل أعيان التركة جملة واحدة ، بما في ذلك الأملاك الموهوبة من المتوفى حال حياته . وبالاتفاق هذه الطريقة تتبع إذا كان في التركة ما يفي بالدين وزيادة . فإن زادت الديون عن التركة وجب استنزال الدين أولًا قبل اجتماع الأموال الموهوبة . وإلا لاستفاد الدائنون من الأملاك الموهوبة ، ولا يجب أن يستفيدوا منها .

3 - الضم الظاهري للأملاك الموهوبة إلى المجموع ، فتقدر قيمة الأملاك الموهوبة وقت الهبة ووقت وفاة المورث للمنقول والعقار ، بدون نظر إلى التحسينات أو النقص الطارئ على الهبة من عمل الموهوب له .

4 - احتساب الأملاك الموهوبة : وبعد حصر ما تركه المتوفى ومعرفة تصرفه في الزائد ومعرفة الاحتياطي يبقى معرفة على أي قسم تحسب الهبة التي تصرف فيها من القدر الزائد إلى أحد الورثة أو الأجنبي ، وهذا الموضوع له أهمية عملية كبيرة . فلو فرضنا أن المتوفى ترك ولدين وترك تركة قدر مجموعها بـ 90 جنيهًا ؛ وكان قد وهب لأحد ولديه 30 جنيهًا ؛ ووهب لأجنبي 30 جنيهًا ، ومعلوم أن القدر الزائد في هذه التركة 30 جنيهًا للمتوفى التصرف فيها والاحتياطي 60 جنيهًا 3/2 التركة ، وهو لا يجوز للمتوفى التصرف فيه بل يبقى لكل ولد 30 جنيهًا ، فلو احتسبنا الهبة الأولى وهي 30 جنيهًا للولد الوارث من الجزء المحفوظ له قانونًا كانت الهبة الثانية سليمة ، وأنتجت ما أراده المتوفى ، لأن تصرفه من القدر الزائد وهو 30 جنيهًا ؛ وإن احتسب الهبة الأولى من القدر الزائد لا من المحفوظ لكل ولد كانت الهبة الثانية لا محل لها لأنه تصرف في القدر الواجب حفظه للوارث ، والمورث ممنوع من التصرف فيه فتكون العطية الثانية باطلة .

وللجواب عن هذه المسألة يجب البحث في التفصيل الآتي :

(1) إذا كانت العطية لأجنبي وجب احتسابها من القدر الزائد الذي للمتوفى

حق التصرف فيه دون القدر المحفوظ .

(2) إذا كانت العطية لوارث له حق الاحتياطي ، فإن تنازل عن الميراث فالرأي المعول عليه قضاء احتساب العطية على الجزء الزائد لا على الاحتياطي ، وإن كانت العطية لوارث وقبل الميراث فإن كانت العطية تعجيل الميراث مقدمًا احتسبت الهبة من الاحتياطي يعني من القدر المحفوظ . وإن كانت الهبة عاجلة أريد بها إسداء منفعة للمعطى له احتسبت من الجزء الزائد .

نتائج الأعمال السابقة من حساب التركة واحتساب العطايا كالآتي :

أولًا : العطايا بين الأحياء وبعد الموت لم تتعد المقدار الزائد الذي للمتوفى حق التصرف فيه فهي جائزة بلا نزاع .

ثانيًا : العطايا بين الأحياء إن زادت عن القدر الزائد فتنقص إلى القدر الزائد الجائز التصرف فيه ، وكذلك الحكم في الوصية .

رابعًا : حكم مخالفة قواعد الاحتياطي :

إذا تصرف المورث فيما زاد عن القدر الزائد فللوارث صاحب حق الاحتياطي مهاجمة هذا التصرف بدعوى التخفيض الخاصة به ، وبحث هذا الموضوع يكون كالآتي :

أولًا : الذي يرفع دعوى التخفيض هو الوارث المستحق للاحتياطي وهي دعوى مالية لا دخل للأدبيات فيها فيجوز لدائن الوارث المذكور رفعها باسمه (دعوى أيليك) وليس للموصى له ولا للموهوب له رفع هذه الدعوى ضد موهوب له أو موصى له آخر ولا الاستفادة من ذلك .

أما دائنو المتوفى فليس لهم رفع هذه الدعوى ضد الموهوب له لأن الملك الموهوب خرج من ملك مدينه فلم يدخل في الضمان الذي اعتمد عليه الدائن حال حياته . أما إن زاد المتوفى عن الحد الزائد في وصيته فدائنوه ليسوا في حاجة لرفع دعوى لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد سداد الدين .

ثانيًا : ترتيب التخفيض يكون في التصرفات كالآتي :

(1) في حالة زيادة الهبات بين الأحياء عن الحد الزائد تكون الوصايا ملغاة إن زادت الهبات أو ساوت القدر الجائز التصرف فيه للمتوفى . فإن زادت الهبات يلغى أحدثها تاريخًا ، وهكذا حتى يصل إلى مساواة القدر الجائز التصرف فيه .

(2) في حالة زيادة الوصايا عن الحد الزائد تكون الزيادة مخفضة في كل وصية حسب نسبتها ، بلا فرق بين وصية عامة أو لشخص خاص ، لأنه لا يمكن تفضيل بعضها عن بعض مالم ينص الموصي على تنفيذ بعضها بلا نقص فلا يخفض إلا في تكميل الاحتياطي .

ثالثًا : طبيعة ونتائج دعوى التخفيض . هذه الدعوى دعوى فسخ ، كدعوى فسخ البيع لعدم دفع الثمن سواء بسواء ، فهي دعوى شخصية عينية فترجع نتائجها إلى الماضي فيفرض الموهوب له كأنه لم يكن مالكًا يومًا ما للجزء المخفض وينتج عن ذلك .

أولًا : تنقيص طبيعي : بمعنى أن الوارث صاحب حق الاحتياطي له الحق في طلب إرجاع عين الشيء الموهوب إلى التركة من الموهوب له منقولًا وعقارًا ، ويستثنى من ذلك :

(1) إذا كان الشيء الموهوب مما يفنى لأول استعمال فترد القيمة لا العين .

(2) إذا كان الموهوب له ممن له الحق في الاحتياطي بشروط المادة 924 .

(3) إذا كان الموهوب عقارًا وباعه الموهوب له بشروط المادة 930 .

ثانيًا : الثمار : كان مقتضى القاعدة العامة إرجاع الثمار أيضًا ، ولكن القانون أعفى الموهوب له من رد الثمار إلا من يوم رفع دعوى التخفيض .

أما الحقوق التي رتبها الموهوب له على العين الموهوبة موضوع دعوى التخفيض فتعتبر ملغاة نتيجة لإلغاء العقد .

بعض نقط هامة :

أولاَ : الهبات المتعلقة بالمنافع : إذا أعطى المتوفى حال حياته أو بعد مماته منفعة أو معاشًا مدى الحياة ، وكانت قيمته سنويًا تزيد عن القدر الزائد الذي له حق

التصرف فيه ، كأن كانت قيمته 200 جنيه وقيمة القدر الزائد 100 جنيه فحينئذ يخير القانون الوارث المستحق للاحتياطي بين أمرين : إما ترك الزائد في الملكية إلى الموهوب له ، أو الموصى له ، أو تنفيذ العطية كما هي .

فإن أعطى المتوفى حال حياته أو أوصى بالملكية المجردة وكانت قيمتها تزيد عن القدر الزائد الذي يجوز له التصرف فيه فلا خيار للوارث المستحق للاحتياطي بل تخفض الهبة أو الوصية إلى القدر القانوني ، بدون قياس على التصرف في المنفعة السابقة .

ثانيًا : تمليك العين التي لا تعود للترك : وذلك بأن يُملِّك أصلٌ أحد فروعه عينًا مع تكليفه بأداء معاش له مدى الحياة أو عدم إرجاعه إلى التركة بعد الوفاة أو مع الاحتفاظ بالمنفعة . ويفرض القانون أن الأصل أخفى الهبة تحت ستار التمليك بعوض ، وأعفى الوارث من رد هذه العين . وفي هذه الحالة يكون التمليك صحيحًا لكن إن زادت قيمة العين المملكة عن المقدار الزائد الجائز التصرف فيه وجب تخفيضها إلى القدر المذكور إذا أنقصت الاحتياطي . ولتطبيق هذه القاعدة يجب أن يكون هناك تمليك لعين لا تعود - يعني ببيع - بشرط ترتيب معاش مدة الحياة أو مع حفظ المنفعة ، ويجب كون المتملِّك وارثًا من أصله على خط مستقيم .

وافتراض القانون في هذه المسألة لا يعارض بدليل ، ولا يقبل إثبات العكس . وللخروج من هذا الافتراض يدخل الأصل المملك كل فروعه الوارثة منه على خط مستقيم في هذا التمليك ، فيحتفظ بأنه تمليك بمقابل لا يخفى هبة .

ويمكن تجنب تطبيق قواعد القدر الزائد والاحتياطي والخروج من التطبيق القانوني ، وحرمان ورثته من تركته بعد وفاته ، بحيث لا يمكن نقض عمله بعد وفاته وذلك بإعطاء أملاكه إلى شركة التأمين على الحياة نظير معاشٍ مدة الحياة فهذا تصرف بعوض لا يفترض القانون فيه هبة مستترة ، وليس للورثة ولا للقانون التعرض للشركة بعد وفاة المورث . ولذلك يقول المتشرعون إن هذا نقص في القانون يجب ملافاته والعمل على إصلاحه قدر المستطاع [1] .

---

(1) انظر : البنود من 931 إلى 930 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 202 - 206 .

بند [48] الكمية الزائدة والمحفوظة في التركة

التشريع الإسلامي : الجزء المحفوظ أو الذي لا يجوز للمالك التصرف فيه هو الثلثان في الوصية وفي الهبة :

(1) إذا كان الواهب مريضًا ويشترط في المرض كثرة الموت منه بحكم الطب ولو لم يغلب .

(2) أو زوجة حاملًا ستة أشهر فأكثر .

(3) أو محبوسًا للقتل ثبت عليه بالبينة أو بالإقرار .

(4) أو حاضرًا صف القتال .

(5) أو زوجة حرة رشيدة لزوجها في تبرع للغير زاد على الثلث .

فالجزء المحفوظ في جميع ذلك الثلثان وهو الاحتياطي كما يسميه التشريع الوضعي ولا مانع شرعًا من تسميته أي اسم يصطلح عليه المتشرعون .

والجزء الزائد هو الثلث الذي يجوز التصرف فيه . فللشخص مريضًا أو سليمًا أن يوصي بثلث ماله أو أقل وتنفذ وصيته . وللمريض مرضًا يكثر الموت منه . وللزوجة الحامل لأكثر من ستة أشهر .وللزوجة بالنسبة لزوجها . وللمحبوس لقتل ثبت عليه . وللحاضر حومة الوغى .كل هؤلاء لهم حق هبة الثلث فأقل مما يملكون بلا احتياج لإجازة أحد فإن زاد تبرعهم عن ثلث ما يملكون وقع باطلًا كهبة وباطلًا كوصية في أحد قولين . ولكي تقع صحيحة يجب إجازة أصحاب الحق كالورثة مثلًا ، فتكون في الجزء الزائد عن الثلث ابتداء عطية ، لا بد فيها من القبول والحيازة قبل حصول مانع [1] .

وأما هبة الشخص الصحيح العاقل الرشيد لجميع ماله فهي صحيحة كان له وارث أم لا ، وليس لأحد حق الاعتراض عليه لأنه مالك يتصرف في ملكه كما يشاء ولم يتعلق بملكه حق للغير ولا شبه حق كما في حالة المريض والزوجة والمحبوس .. إلخ .

---

(1) وبطلت الوصية بزائد الثلث ، وإن أجاز الورثة الزائد فابتداء عطية منهم ، لا تنفذ لوصية الموصي ، فلابد من حيازة الموصى له قبل حصول مانع للمجيز (الشرح الصغير 179/4) .

وأما وصية من لا وارث له بكل ماله لشخص معين أو للفقراء والمساكين ففيها خلاف هل تصح أم تقع باطلة فيما زاد عن الثلث ؟ ومبنى هذا الخلاف على استحقاق بيت المال في التركة . والمشهور أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب كان منتظمًا أولا ، وقيل : إنه حائز للأموال الضائعة لا وارث ، وعليه فيجوز للإنسان الذي لا وارث له من النسب أن يوصي بجميع ماله لا على القول الأول فلا يجوز أن يوصي بأزيد من الثلث والحق لبيت المال في طلب بطلان الوصية فيما زاد (1) على الثلث (2) .

وبناء على ما أوضحنا فالجزء المحفوظ في الوصية الثلثان مريضًا كان الموصي أو سليمًا له وارث أم لا ، والجزء الزائد هو الثلث .

وليس في الهبة جزء محفوظ في الشخص الصحيح البالغ العاقل الرشيد ؛ فله أن يتبرع بجميع ماله بلا رقابة لأحد عليه ، والجزء المحفوظ في الهبة في الشخص المريض أو المرأة الحامل أو المحبوس للقتل أو الحاضر في صف القتال هو الثلثان . والجزء الزائد لكل واحد منهم هو الثلث يتصرف فيه كله أو بعضه بهبة .

والقاعدة أن المالك يتصرف في ملكه كما يشاء تصرفًا مطلقًا تسري على الواهب الصحيح البالغ الرشيد لأنه لا شبهة لأحد في ماله فله أن يهب كل ماله (3) . وأما بالنسبة للوصية فهي تصرف في ملك الورثة ؛ لأنه بوفاة المورث انتقل ملك أعيان التركة لهم (4) ، ولكن نظر المشرع إلى كونه متروكًا عن مالكه وهو الذي سعى فيه ويملكه فأباح له حق الوصاية بالثلث (5) .

---

(1) إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ولا من يرثه بالولد فماله مال المسلمين (مواهب الجليل 413/6) .

(2) عن الوصية بزايد الثلث [يعتبر الزائد يوم التنفيذ لايوم الموت وظاهره بطلان الزائد وإن لم يكن له وارث لحق بيت المال وهو مذهب مالك والجمهور وذهب أبو حنيفة إلى صحتها كأحمد في أحد قوليه وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث ...] الشرح الصغير جـ 4 ص 183 . بداية المجتهد جـ 2 ص 303 ، 331 .

(3) قاعدة : المالك يتصرف في ملكه كما يشاء تصرفًا مطلقًا تسري على الواهب الصحيح البالغ الرشيد لأنه لا شبهة لأحد في ماله فله أن يهب كل ماله .

(4) قاعدة : الوصية تصرف في ملك الورثة لأنه بوفاة المورث انتقل ملك أعيان التركة لهم .

(5) يقول الدردير : [الهبة تمليك من له التبرع . وخرج به الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 .

وأما بالنسبة للهبة من المريض مرضًا يغلب فيه الموت [1] والزوجة الحامل لما بعد ستة أشهر ، والمحكوم عليه بالموت قصاصًا وحاضر صف القتال فقد أُلحقوا بالموتى ؛ ففي أموالهم حق الورثة فلا يجوز لهم أن يهبوا أزيد من الثلث كما لا يجوز لهم الإيصاء بأزيد من الثلث .

والمساعدة المتبادلة بين أفراد العائلة الواحدة لا تذهب بالحق المطلق في التصرف فيما يملك بالهبة متى كان صحيحًا . وقد حافظ المشرع على ما يؤول إليهم بطريق الميراث ، فمنع المورث من التصرف فيه بأزيد من الثلث في وصيته ومبدأ المحافظة على أملاك العائلة لا يطبق على تصرفات الصحيح السليم العاقل الرشيد ؛ لأنه اعتداء على كامل أهلية الشخص الشرعية التي هي من مميزات الإنسانية ، والمحافظة على أملاك العائلة لا تقتضي إهدار الشخصية القانونية ، ومنع تداول أعراض الحياة وما به قوامها من يد ليد فهو نظام الكون الذي به يتم عمرانه [2] .

(1) نصت المادة 916 من القانون المدني المصري على إلحاق تصرفات المريض مرض الموت بالوصية ، ونصها :
1 – كل عمل يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع يعتبر تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام التسمية التي تعطى لهذا التصرف .
2 – وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتًا .
3 – وإذا أثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت ، واعتبر التصرف صادرًا على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه .
والمادة تتفق مع المادة 943 من التقنين الكويتي . وتقابل المادة 1109 من التقنين العراقي . وتقابل المادتين 1128، 129 من التقنين الأردني .
ويتفق حكم الفقرة الأولى من المادة مع الأحكام الشرعية في تصرفات المريض مرض الموت . (انظر مجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بأحكام بيع المريض مرض الموت في المواد 393 – 395 من المجلة . وانظر المواد 1595 – 1605 من المجلة) . ونصت كذلك المادة 85 من مرشد الحيران على أن : « حكم الهبة في مرض الموت بعد استيفاء شرائطها قبله كحكم الوصية في اعتبارها من الثلث وتوقفها لو لأحد من الورثة على إجازتهم » .
أما أحكام بقية هذه المادة فتيسير الإثبات للورثة في هذا الصدد حيث يكون لهم بمقتضى الفقرة الثانية أن يثبتوا بجميع الطرق صدور التصرف من مورثهم وهو في مرض الموت ، فإذا نجحوا في ذلك قامت بمقتضى الفقرة الثالثة قرينة على أن التصرف كان من قبيل التبرع ، وبفضل هذه القرينة تتوفر الحماية للورثة من الوصية المستترة .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 402 .
(2) يقول الدردير عما يخرج من التركة قبل القسمة « فوصاياه من ثلث الباقي بعد ما تقدم ثم الباقي بعد الوصايا يكون لوارثه فرضًا أو تعصيبًا أو هما » الشرح الصغير جـ 4 ص 198 .

تحديد الاحتياطي :

الاحتياطي في التشريع الإسلامي واحد لا يتغير بالنسبة للورثة فهو الثلثان مع الورثة أصحاب الفروض ومع الورثة العصبة بلا فارق فهو مقدر لا يزيد ولا ينقص .

طبيعة الاحتياطي :

الاحتياطي هو التركة لأنه متى تصرف المورث في حقه وهو الثلث بوصية مثلًا فالباقي وهو الثلثان هو التركة التي تقسَّم بين الورثة إن كان وإلا فلبيت المال .

وقبول الوارث الميراث وعدم قبوله لا شأن له ولا مدخل في جواز التصرف في الوصية بما زاد على الثلث . غاية الأمر إن أجاز الوارث بعد الوفاة ما زاد على الثلث فهو ابتداء عطية من الوارث لا تنفيذا لوصية باطلة .

وقد سبق بيان الهبة للوارث وأنه متى حازها الوارث لنفسه ، أو حيزت له قبل حصول مانع فقد ملكها الوارث لنفسه بلا حق رجوع لأحد عليه فيما وهب له ، فإن اشترط الواهب أن الهبة ملكه ، وللموهوب له الانتفاع فقط ردت الهبة للتركة بعد الوفاة وكانت من الاحتياطي وهو التركة .

احتساب الكمية الزائدة والاحتياطي :

تحصر التركة بعد الوفاة ثم ينظر في تصرفات المتوفى من هبات فما نفذ منها وحازه الموهوب له قبل الوفاة نفذ وما لم يحز قبل الوفاة بطلت هبته وعاد للتركة وأصبح ميراثًا .

وينظر لوصاياه فإن زادت عن الثلث كان الأمر للورثة لهم أن يجيزوا ما زاد فيكون ابتداء عطية يجب فيها القبول والحوز ، ولهم إبطال ما زاد عن الثلث [1] .

فالهبة تنقطع بالموت والوصية تبتدئ بالموت [2] فيملك الموصى له الوصية بالموت . وغلة الموصى به الحادثة بعد الموت وقبل القبول قيل كلها للموصى له فلا تحسب من التركة .

---

(1) إن أجاز الورثة ما أوصى به إن كان زائدًا على الثلث فابتداء عطية لا تنفيذا لوصية الموصي (الشرح الصغير 179/4) .

(2) قاعدة : الهبة تنقطع بالموت والوصية تبتدئ بالموت .

وقيل : له ثلثها فقط . وسبب هذا الخلاف في الوقت المعتبر في تنفيذ الوصية ، فقيل : هو وقت قبول المعين لها فغلتها للموصي قبل القبول وقيل : وقت القبول ، أو وقت الموت ؛ لأن القبول شرط في تنفيذها والملك بالموت فثلث غلتها للموصى له فقط ، وهذا القول هو المشهور وأعدل الأقوال عند الإمام سحنون [1] .

وغلة الموصى به قبل وضع الموصى له تكون لورثة الموصي إذ الولد الموصى له لا يملك إلا بعد وضعه حيًا حياة محققة . وقيل : توقف فتدفع للموصى له إذا استهل كالموصى به [2] .

ولا يحسب في التركة ما تصرف فيه قبل وفاته وكان تصرفًا صحيحًا . فإن كان تصرفًا باطلًا أو تصرفًا لم يتم بسبب الوفاة احتسب من التركة لأنه لم يخرج عن ملك المتوفى بسبب صحيح . وبعد حصر التركة يحصر الدين ويستنزل من التركة ولا تضم للتركة الأعيان الموهوبة قبل الوفاة وحازها الموهوب لهم .وقد سبق أن الوصية للوارث لا تصح وتقع باطلة ، والهبة للوارث تجوز وتصح متى حازها الموهوب له قبل وفاة الواهب [3] فينفرد بها دون بقية الورثة فإن لم يحزها قبل الوفاة عادت للتركة وقسّمت بين الورثة كجزء من التركة .

وينتج عن هذا :

(1) أن الهبة والعطايا تنقطع بموت الواهب . فإن تمت فلا كلام لأحد .

(2) والوصية تكون في الثلث فأقل .

(3) الذي يملك حق رفع الدعوى في بطلان الوصية فيما زاد عن الثلث هو الوارث وهي دعوى مالية . وللموصى له رفع دعوى ضد موصى له آخر يكون أولى منه ومقدم عليه وضد الوصي أو الوارث .

(4) دائنو المتوفى لهم حق رفع الدعوى ضد الموصى لهم لاستيفاء حقهم قبل

---

(1) هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة التنوخي ، أبو سعيد ، الحمصي الأصل ، القيرواني المالكي . قاضي القيروان ، وصاحب المدونة ، ويلقب بسحنون - توفي سنة أربعين ومائتين وله ثمانون سنة . الذهبي في العبر 34/2 ، الذهبي في سير أعلام النبلاء 70/1 .

(2) يقول الدردير : [وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم ، أي ابتداء عطية لاتنفيذ الوصية الموصى بها] الشرح ص 183 .

(3) قاعدة : الهبة للوارث تصح متى حازها الموهوب له قبل وفاة الواهب .

الموصى لهم [1] .

ترتيب التخفيض : لا كلام في الهبة بعد الموت زادت عن الثلث أو نقصت ، لأنها تعتبر هبة ، ما دام الواهب موجودًا ، وما دام الموهوب له حازها لنفسه قبل الموت . وإلا بطلت كهبة . والنظر إنما يكون في الوصية أو الوصايا هل زاد قدرها على ثلث التركة يوم التنفيذ لا يوم الوفاة فإن زادت الوصية الواحدة لشخص واحد عن الثلث أنقصت إلى الثلث ثم نفذت . وإن تعددت الوصية لشخص واحد فإن كانتا وصيتين متتابعتين نفذتا كوصيتين بنوعين مختلفين . وإلا نفذت أكثر الوصيتين وإن تقدمت الأكثر ، سواء كانتا بكتابين أو كتاب واحد . كل هذا متى وسع الثلث وإلا أنقص القدر إلى الثلث .

وإن تعددت الوصية لشخصين أو أكثر ووسعهما الثلث نفذتا ، وإن لم يسعهما الثلث ولم تلغ الثانية الأولى أُنقصتا بنسبة ما نقص الثلث عنهما ، فلو أوصى لشخص بخمسين 50 ج والآخر بمائة 100 ج ، وكان ثلث تركته مائة جنيه فقط أخذ الأول ثلث المائة ، وأخذ الثاني الثلثين وهي بنسبة الخمسين إلى المائة .

وإن تعددت الوصايا من المتوفى في وجوه بر أو التزامات ولم يتسع لها الثلث أخرج أولًا منه فك أسير ثم صداق مريض ثم زكاة أوصى بها [2] ولم تكن حالة . فإن كانت الزكاة حالة أو كانت زكاة حرث أو ماشية أو زكاة فطر حاضرة فمن رأس المال أولًا ، ثم كفارة ظهار وقتل ، ثم كفارة يمينه ، ثم كفارة لفطر رمضان وللتفريط ، ثم عتق ، ثم حج ، وفي هذا كفاية ومن أراد الاستزادة فعليه بباب الوصية في الشرح الكبير أو الحطاب أو الزرقاني [3] ففيها الكفاية .

---

(1) تناولت المادة 898 من القانون المدني المصري وجوب بدء المصفي بعد التجهيز ونفقات المأتم (المشار إليه في المادة 882 مدني مصري) وبعد تسوية الديون الواجبة على المتوفى بتنفيذ الوصايا ، وهو ما جاء في المادة 978 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

وهو ما جاء كذلك في المادة 1094 من التقنين الأردني وهذا تطبيق لقاعدة الفقه الإسلامي القاضية بأنه لا تركة إلا بعد الوفاء بالديون .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 393 .

(2) اتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاص في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . (بداية المجتهد 500/2) .

(3) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني الوفائي . أخذ عن الأجهوري والبرهان اللقاني والشمس البابلي . له مؤلفات منها شرح المختصر ، توفي سنة 1099 هـ .

عجائب الآثار للجبرتي 66/2 ، هدية العارفين 497/1 ، شجرة النور الزكية رقم 304 .

ولا يصح تفضيل وصية على أخرى إلا بنص من الموصي [1] .

طبيعة ونتائج دعوى التخفيض : دعوى التخفيض دعوى بطلان تصرف صدر من المتوفى ، ودعوى استحقاق على الموصى له متى وضع يده على أعيان الوصية بطلب ردها لأنها من التركة . فإن كانت لم تصل الوصية بعدُ ليد الموصى له فلا ترفع دعوى وإنما يمتنع الوارث أو الوصي من تسليم الوصية كاملة . فإن قبل الموصى له هذا الوضع كان بها ، وإلا فللوارث أو الوصي الدفع في قضية طلب تنفيذ الوصية بزيادتها عن ثلث التركة . وهو دفع مقبول ومسموع فيحكم للموصى له بأحقيته بالوصية فيما سوى ما زاد عن الثلث فترفض دعواه فيه .

ودعوى بطلان التصرف والاستحقاق ترجع للماضي ؛ فكان الموصى له لم يملك ما زاد على الثلث يومًا ما إذا أمكن إرجاعه عينًا كعقار مثلًا فإن حصل مفوت من مفوتات البيع حكم بالقيمة ، وكذلك يحكم بالقيمة في المقومات وفي المثلي بمثله ، وهذا في الوصية فقط . وأما الهبة فسبق بيانها .

وأما الثمار : فهي كوضع اليد على ملك الغير بسبب صحيح ؛ لأن الموصى له ظن أو اعتقد أنه مالك ولهذا كان لا بد من حكم في صحة الوصية أو عدم صحتها فيما زاد على الثلث ، ويكون إرجاع الثمار من يوم الحكم لا من يوم رفع الدعوى . وترتيب حقوق للغير على العين الزائدة عن الثلث يعتبر مفيتًا لها ؛ فعلى الموصى له القيمة إلا إذا قصد إفاتتها على الوارث ، فتكون تصرفاته ملغاة ، وترد العين للوارث .

ملحق في بعض نقط خاصة :

أولًا : الهبات المتعلقة بالمنافع

تقدم أن إعطاء الذات هو الهبة ، وإعطاء المنفعة إمَّا وقف أو عُمرى [2] .

---

(1) قاعدة : لا يصح تفضيل وصية على أخرى إلا بنص من الموصي .

(2) الهبة : تمليك من له التبرع ذاتًا بلا عوض .

الوقف : جعل منفعة مملوك ، ولو بأجرة لمستحق بصيغة .

العمرى : تمليك منفعة مملوك حياة المعطي بغير عوض .

(انظر التعريفات في الشرح الصغير الجزء الثالث صفحات 339 ، 336 ، 348) .

والوقف يجوز أن يكون مؤقتًا كما يجوز أن يكون مؤبدًا [1] . والعمرى تكون بتمليك منفعة مدة عمر الموهوب له وبعد حياة الموهوب له تعود العين الموهوب منفعتها إلى المعطي إن كان حيًا ، أو لورثته إن كان قد توفي [2] .

فالمنفعة التي وهبت تمت هبتها حال حياة الواهب فلا دخل لها بالتركة [3] ولا تحسب فيها ، ولا تقوّم لأنه تصرف حال الحياة ولا اعتراض لأحد عليه إلا إذا كان بطلانه آتيًا من ناحية أخرى .

وأما الوصية بمنفعة ملك فلا تحسب المنفعة من أصل التركة إنما يحسب عين الشيء صاحب المنفعة مع منفعته [4] ؛ فلو أوصى المتوفى بسكنى داره وكان له عدة دور قومت دوره جميعًا بما فيها الدار الموصى بمنفعتها فلا دخل إذن لمنفعة الدار منفردة في التركة بعد تقويم نفس الدار في أصل حصر التركة وتقويمها . وكذلك في الوقف ، فلو أوقف منفعة فدانين مثلًا على أولاد أخيه لمدة حياتهم على أن تعود العين الموقوفة لورثته من بعده فتكون العين الموقوفة داخلة في التركة مجردة عن المنفعة المستقبلة ، ولا دخل للمنفعة في تقدير التركة فلا تقدر المنفعة منفردة مستقبلًا .

وإذا ملَّك أحد الأصول لأولاده أو أحفاده شيئًا ولم يشترط أن يكون ميراثًا فقد تم تملكه ، ولا رجوع لأحد عليه ولا يشاركه فيه أحد . فإن اشترط أخذ المنفعة فقط على أن تعود العين إلى التركة حين الوفاة وجب أن تعود وأن تحسب من التركة .

---

(1) الوقف يكون مدة ما يراه المحبس ، فلا يشترط فيه التأبيد (الشرح الصغير 336/3) . وهذا هو مذهب المالكية خلافًا للأحناف والحنابلة وغيرهم ممن اشترطوا تأبيد الوقف . وقد كان العمل في مصر قبل قانون 1946 على اشتراط تأبيد الوقف لصحته طبقًا للراجح من مذهب الأحناف ، لا فرق في ذلك بين ما يوقف على وجوه الخير والبر وما يوقف على سبيل الصلة كالوقف على ذرية الواقف . لكن جاءت المادة الخامسة من قانون الوقف الصادر في مصر عام 1946 بالنص على تأبيد الوقف على المسجد لصحته . أما الوقف على ما عداه من الخيرات فيجوز أن يكون مؤقتًا أو مؤبدًا وإذا أطلق كان مؤبدًا . أما الوقف الأهلي فلا يكون إلا مؤقتًا طبقًا لما جاء في المادة المذكورة . والأصل في جواز الوقف المؤقت هو المذهب المالكي .

(2) ورجعت العمرى بمعنى الشيء المعمر إذا مات المعْمَرُ له للمُعْمِر إن كان حيًا ، أو وارثه يوم موته إن مات . (الشرح الصغير 349/3) .

(3) قاعدة : المنفعة التي وهبت تمت هبتها حال حياة الواهب فلا دخل لها بالتركة .

(4) قاعدة : الوصية بمنفعة ملك فلا تحسب المنفعة من أصل التركة إنما يحسب عين الشيء صاحب المنفعة مع منفعته .

يصح للمالك التصرف فيما يملك بجميع وجوه التصرفات من بيع وهبة ورهن ووقف وإعمار ولو أتى على جميع ما يملك ولو لم يترك لورثته شيئًا . غير أن الوارد عن الرسول أن هذا حرام ، فقد سأله رجل فقال : يا رسول اللّه أريد أن أخْرُجَ عن مالي صدقة؟ فقال : لا ؟ قال له : النصف قال : لا ، ثم قال الرسول ﷺ : « الثلث والثلث كثير . لأَن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم فقراء يتكففون الناس السؤال [1] » أو كما قال . وقال الرسول الأعظم ﷺ ما معناه : « من أحرم وارثًا من ميراثه أحرمه اللّه من ريح الجنة » . وقد اختلف المجتهدون في حكم من كتب أملاكه حال حياته ولم يعدل حسب نص الشريعة الإسلامية بأن حرم الإناث ، أو فضل بعض أولاده على بعض ، فقال بعضهم : إنه حرام لأنه خالف ما فرضه اللّه ، وفصله في كتابه العزيز ، وأراد إغناء من فضلهم ، واللّه هو المغني ، وهو الضامن لحياة كل مخلوقاته . وقال بعضهم : لا حرمة فيه لأنه تصرف في حدود ما يملك ، ولم يتعد على حقوق أحد ، فإن انتظار الميراث ليس مؤكدًا لجواز أن يموت فقيرًا فلا يكون له تركة .

والرأي الذي أميل إليه أن مثل هذا التصرف حرام لعدة وجوه :

(1) أنه مخالفة صريحة لما فرض اللّه للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهذا يرث ، وذلك محجوب ، وهكذا مما شرع ﷻ في كتابه المنزل . وليس معنى الإسلام إلا الانقياد لما أمر به اللّه جل شأنه فتفضيل بعض الورثة على بعض حرام .

(2) إن هذا العمل فيه افتيات على قدرة الباري في ضمان أرزاق الجميع ، لأنه بتفضيله أراد ضمان مستقبله وحفظ كيانه ، وذلك لله وحده ، ولا شأن للمخلوق في ملك الخالق .

(3) إنه منعٌ لانتشار الملكية الصغيرة ولإحياء الفقير ، وهو مخالف لسنة الكون من وجوب تداول سلع الحياة وأسباب الرزق بين الجميع . أخيرًا وفقنا اللّه لما فيه رضاه فنعم المولى ونعم النصير .

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث [1250/3 رقم 1628/5] وأبو داود في السنن كتاب الوصايا باب (ما جاء في) مالا يجوز للموصي في ماله 112/3 رقم 2864 والترمذي في « السنن » كتاب الوصايا باب ما جاء في الوصية به الثلث 430/4 رقم 2116 عن سعد بن أبي وقاص ﷺ .

القسم التاسع

الكتاب الأول

بند [49] قواعد خاصة بالهبة

القانون الفرنسي : علانية الهبة : علانية الهبة بين الأحياء تعتمد ثلاثة أمور : تحرير العقد عند مسجل العقود ، قبول الموهوب له علانية وصراحة للهبة ، تحرير قائمة في المنقول بتقدير الهبة .

أولًا : تحرير عقد الهبة أمام مسجل العقود : كل عقد يحتوي هبة يجب أن يحرره مسجل العقود . ويشترط في تحرير شكل الإشهاد ما يأتي :

(1) أن يكون تحرير عقد الهبة في سجل ، حيث يبقى الأصل في مكتب مسجل العقود ، ويعطي الواهب صورة طبق الأصل .

(2) أن يكون بحضور شهود عند التلاوة والإمضاء .

وفي حالة مخالفة علانية عقد الهبة تكون الهبة غير موجودة قانونًا ، فلا يمكن تصحيحه إلا إذا عُمِل من جديد .

ثانيًا : القبول صراحة وعلانية : يجب أن يشتمل القبول على شيئين :

(1) أن يكون القبول صراحة ، فلو قبل ضمنًا لا يصح ، وتستعمل عادة كلمة (قبلت) .

(2) يجب أن يكون القبول بإشهاد مسجل أمام مسجل العقود في سجل محفوظ . وفي الغالب يكون القبول في نفس إشهاد الهبة ، وفي هذه الحالة تسري شروط إشهاد الهبة على القبول ضمنًا .

فإن كان القبول في إشهاد خاص فالهبة لازمة من وقت إبلاغ الواهب الهبة ، لا من وقت إشهاد الهبة .

وزمن القبول مدة حياة الواهب والموهوب معًا ، فإن مات أحدهما قبل قبول الموهوب له كانت الهبة ملغاة .

فإذا ألغي القبول لنقص في الشكل المشترط قانونًا فالهبة تعتبر غير موجودة . وإذا

ألغي القبول لعدم أهلية القابل الموهوب له فتلغى الهبة إلغاء عامًّا .

ثالثًا : تحرير قائمة بالقيمة : في حالة هبة المنقول يتعين تحرير قائمة بقيمة الأعيان الموهوبة وهو شرط في الشكل فيصح إيضاحه في إشهاد الهبة ، ويصح أن يكون بقائمة منفردة مشتملة على أنواع الهبة وعددها وأثمانها . وتُضَمُّ هذه القائمة إلى إشهاد الهبة بعد إمضائها من الواهب .

(ب) الهبة التي لا تشترط فيها العلانية :

تكون الهبة في عدة أشكال ولا يشترط فيها العلانية ، وذلك :

أولًا : الهبات غير المباشرة : وهي المنح التي نتجت عن عمل قانوني محدود ، وينتج ذلك في عملين :

(1) التنازل ، ويكون التنازل هبة غير مباشرة ، متى كان غرض صاحب الحق المتنازل عنه بتنازله منفعة المتنازل له ، كالتنازل عن الدين للمدين صراحة أو ضمنًا ، أو عن المنفعة لمالك الرقبة ، أو عن حق انتفاع على عين للمالك ، أو تنازل وارث لآخر .

(2) الشرط لأجل الغير : في الأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها الشرط للغير يشتمل الشرط للغير على هبة غير مباشرة في علاقة المشترط عليه والأجنبي ، كمن يشترط للغير معاشًا مدة الحياة أو أي شرط آخر يكون له فيه منفعة .

ثانيًا : الزيادات غير المباشرة : وهي الهبات الناتجة تبعًا إلى أحد الطرفين من شروط في عقد بعوض . كمن باع عقارًا بأقل من قيمته الحقيقية قاصدًا منفعة المشتري بفرق الثمن الحقيقي والمدفوع من المشتري .

ثالثًا : الهبات المخفية : وهي الهبات المخفية تحت عقد بمقابل ظاهرًا كمن أراد هبة الشخص في شكل بيع فباع له عقارًا واعترف بقبض الثمن بدون أن يقبض شيئًا ، أو اعترف في عقد الزواج أنه قبض مهرًا دفعه له الزوج الآخر ، وهو لم يقبض شيئًا .

وقد اختلف علماء التشريع والقضاء في حكم الهبة المخفية ، فقال القضاء : إنها صحيحة ولا يصح إقامة دليل الضد ، وقال علماء التشريع : إنها غير صحيحة ،

ويصح إقامة دليل الضد فيها .

رابعًا : الهبة يدًا بيد : وهي هبة المنقول التي تكون بنقل العين الموهوبة من يد الواهب إلى يد الموهوب له ، وإنه وإن لم يوجد في القانون ما يمنعها فقد اتفق الجميع على جوازها وصحتها . والشرط الوحيد في صحة هذه الهبة وفي تحقق وجودها هو نقل العين الموهوبة إلى يد الموهوب له . وبهذا الشرط تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، والشيء القابل للهبة اليدوية هو المنقول الجسماني الذي تتحقق الهبة بنقله من يد الواهب إلى يد الموهوب له ، فينطبق على الموبيليا وعلى السندات المالية لحاملها ، ويخرج الدين المدني والسندات المالية الاسمية والسندات تحت الأمر فلا تصح الهبة اليدوية فيها .

فإن صحب الهبة اليدوية شرط أو تكليف صحت وكان واجب النفاذ قضاء . وقال بعض العلماء : إن الهبة صحيحة والشرط لاغ ، وقال البعض الآخر وهو المقبول : بطلت الهبة [1] .

بند [50] قواعد خاصة بالهبة

التشريع الإسلامي : أصل العلانية أن تكون أمام شهود يعرفها الناس . ولا يشترط لصحة الهبة أن تكون علانية ، بل تصح بمجرد قول الواهب وهبت كذا أو أعطيت كذا لفلان ، وصح هذا العقد [2] .

---

(1) انظر : البنود من 931 إلى 952 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 211 .

(2) قاعدة : لا يشترط لصحة الهبة أن تكون علانية بل تصح بمجرد قول الواهب وهبت كذا أو أعطيت كذا لفلان ، وصح هذا العقد ولكن يلزم لإثباتها وجود ما يدل عليه . ولهذا جاءت المادة 488 مدني مصري بالنص على أنه يلزم لصحة الهبة أن تكون ثابتة بورقة رسمية ، وهو ما جاء كذلك في المادة 461 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 602 مدني عراقي ، والمادة 525 مدني كويتي . ومع ذلك فإنه إذا لم ينازع الواهب أو ورثته في الهبة غير الموثقة بورقة رسمية وأقبضوها الموهوب له فإنها تكون صحيحة بدون هذه الشكلية . وإنما اشترطت القوانين المذكورة هذه الشكلية في الهبة لانعقادها وصحتها بوجه العموم ، لأن الهبة عقد خطير ، تتضمن تنازل الواهب عن شيء من أملاكه دون مقابل ، الأمر الذي يجعله في أشد الحاجة للتأمل والتدبر ، وهو ما يتيحه اشتراط الشكلية . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 161 .

ولكن بما أن النفوس قد غلب عليها الشح ويخشى من النزاع مستقبلًا ، وبما أن نظر الناس قد امتد للماديات بنظر شَرِهٍ ، ولم يبق للمعنويات والحياء والإيمان إلا القليل الآن . وبما أن مذهب الإمام مالك مبني على سد الذرائع والمحافظة على مصالح الناس وأموالهم ، لهذا يجب أن تكون الهبة بإشهاد رسمي أمام مسجل العقود .

وقد أمر ولي الأمر بأن كل تمليك عقار يجب أن يكون عن طريق التسجيل (يعني بعقد رسمي مسجل) يمر بالمساحة المحلية ، فتحقق تحديده وأبعاده ، وتطلَّعُ على سند ملكية البائع ، ويدخل في هذا البيع والهبة والبدل والرهن وترتيب أي حق على العقار .

وكل تمليك للعقار أو على العقار لا يسجل رسميًا لا قيمة له ، ولا يفيد التمليك قطعًا ، إلا إذا صدر حكم بصحة التوقيع ونقل الملكية فيكون ناقلًا للملكية متى سجل ولو للهبة [1] .

---

(1) نصت المادة 488 من القانون المدني المصري طبقًا لما تقدم على أنه : « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وتقابل المادة 602 من التقنين العراقي .

فالمادة 602 من التقنين تنص على أنه : « إذا كان الموهوب عقارًا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » .

وتقابل المادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - « يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الاجراءات اللازمة .

2 - وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل » .

وتقابل المادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - « لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت بمحرر رسمي .

وطبقًا لذلك يلزم لانعقاد الهبة ، فوق الإيجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، سواء في العقار أو المنقول ، ما لم يتم تحت ستار عقد آخر . ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضًا أن تتم بالقبض . وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع .

والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة وسد أبواب الفتن .

وصيغة الهبة من إيجاب وقبول ركن من أركانها ؛ فلو انعدمت الصيغة بطلت الهبة [1] . غير أن الإيجاب قد يكون قولًا (كوهبت وأعطيت .. إلخ) وقد يكون فعلًا كإعطاء الموهوب يدًا بيد [2] أو تحلية ولده الصغير بحلية ذهبية بإلباسه إياها ، فتعتبر هبة ، أو شراء جهاز لابنته من ماله الخاص ، وحفظه لها لتأهيلها به عند زواجها من كل فعل يدل عرفًا على الهبة . والقبول قد يكون قولًا كقبلت مثلًا أو فعلًا كحيازة العين الموهوبة ، أو التصرف فيها ببيع أو هبة أو غيره من أنواع التصرفات . والحيازة وإن كانت شرطًا في تمام الهبة إلا أن وجودها دليل على قبول الموهوب له الهبة .

وقد نص الفقهاء على إنه إذا باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إذا أشهد على ذلك وأعلن [3] . وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه [4] (أي يقبل الوارث بدل مورثه الموهوب له) .والقبول قد يكون شفويًا أو تحريريًا على حد سواء ، وملك الموهوب له الهبة من وقت العقد لا من يوم الحوز أو التنفيذ . ولهذا نص الفقهاء على أنه يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، كما قال القرافي وابن عرفة ونصه (ابن عتاب) : ومن سكت عن قبول صدقته زمانًا فله قبولها بعد ذلك . فإن طلب غلتها حلف ما سكت تاركًا لها وأخذ الغلة) [5] .

ومعنى هذا أنه استحق العين الموهوبة من وقت الهبة . ولذا جاز له أخذ غلتها من يوم الهبة إن حلف ما سكت تاركًا لها .

وليس للقبول مدة محددة إلا أنه إذا علم الموهوب له بالهبة وكان لا يمنعه مانع

---

(1) قاعدة : صيغة الهبة من إيجاب وقبول ركن من أركانها فلو انعدمت الصيغة بطلت الهبة .

(2) من أركان الهبة صيغة صريحة أو ما يدل على التمليك ، وإن معاطاة إن كان لذات المعطي . الشرح الصغير (339/3) .

(3) قاعدة : إذا باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إلا إذا أشهد على ذلك وأعلن .

(4) قاعدة : إن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه .

(5) يقول المواق : « السبب الناقل للملك وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامهما في الدلالة على ذلك من قول أو فعل] . التاج والإكليل جـ 6 ص 53 ، مواهب الجليل جـ 6 ص 53 الشرح الصغير جـ 3 ص 339 .

من القبول وأعرض عنها مدة يقتضي العرف أن هذا يعد منه إعراضًا عن القبول فيعتبر رافضًا .

ونص الفقهاء على أن الهبة تبطل إذا وهبها واهبها لشخص ثان وحازها قبل الأول [1] ، ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول ولو جد في الطلب على المشهور [2] . ونصوا على أن الهبة لا تبطل ببيعها من واهبها قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها . ويخير الموهوب له في رد البيع أو في إجازته وأخذ الثمن [3] . فإن علم بالبيع وفرط في حوزها مضى البيع وله الثمن ، وقيل : الثمن للواهب [4] . وقد صرح الحطاب بأن الهبة لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول صراحة أو دلالة ، وشرط القبول يجب تحققه إذا كان الموهوب له معينًا . وأما الموهوب له غير المعين فشرط القبول لا يتحقق ، ولا يمكن تحققه ، ومع ذلك فالهبة صحيحة [5] .

فإن رد الموهوب له المعين الهبة فهي للواهب أو لورثته ، فلو مات الموهوب له المعين بعد علمه بالهبة وقبل القبول والحوز بطلت الهبة . ولو مات الواهب أو جُنَّ أو مرض واتصلا بموته قبل قبول الموهوب له وحيازته بطلت الهبة (وفي ذلك تفصيل مفيد فارجع إليه في كتاب الهبة) في الشرح الكبير [6] .

فإذا كان الشكل معتبرًا فيجب استيفاؤه حسب ما نص عليه ولي الأمر ، وإلا كان لا ثمرة للهبة فتبقى العين الموهوبة على ملكية الواهب ، فتكون تركة تورث عنه ، إلا إذا سلمها الورثة للموهوب له .

---

(1) قاعدة : الهبة تبطل إذا وهبها واهبها لشخص ثان وحازها قبل الأول .

(2) بطلت الهبة بهبة من واهبها لشخص ثان غير الأول ، وحاز الثاني قبل الأول ، فتكون للثاني لتقوي جانبه بالحيازة ، ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول ، ولو جد في الطلب على المشهور . الشرح الصغير (340/3) .

(3) قاعدة : الهبة لا تبطل ببيعها من واهبها قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها ويخير الموهوب له في رد البيع أو في إجازته وأخذ الثمن .

(4) لا تبطل الهبة ببيع من واهبها قبل علم الموهوب له بالهبة ، وكذا بعد علمه ، ولم يفرط في حوزها ، وإذا لم تبطل خير الموهوب له في رد البيع ، وفي إجازته ، وأخذ الثمن ، وإن باعها واهبها بعد علم الموهوب له ، وفرط في حوزها مضى البيع ، وإذا أمضى فللموهوب الثمن ، وقيل : الثمن للواهب . الشرح الصغير (341/3) .

(5) السبب الناقل وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض ، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل . مواهب الجليل (54/6) .

(6) وبطلت الهبة بجنون ، أو مرض اتصلا بموت الواهب ، أو بموت الواهب قبل الحوز . الشرح الصغير (340/3) .

وإن كان القبول والحيازة من غير أهل فهي عدم ؛ فلو حصل مانع قبل القبول والحوز الصحيحين بطلت الهبة ؛ لأن الحوز والقبول من غير أهله لغو ولا قيمة له شرعًا . وليس بلازم تحرير قائمة غير أنه إذا كان لا بد من إشهاد في العقار فيوضح فيه صفة العقار وحدوده وقيمة ثمنه إلخ .

الهبات غير المباشرة : يصح أن تكون الهبة بطريق غير مباشر كالتنازل عن الدين للمدين ؛ فيشترط قبول الموهوب له في حياة الواهب وعلم الموهوب له بالهبة . فإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب ، فقبل بعده أو لم يقبل ، بطلت الهبة عند الإمام عبد الرحمن بن القاسم ، وصحت عند أشهب . وإن لم يعلم بالهبة حتى مات الواهب بطلت اتفاقًا . وكذلك التنازل عن المنفعة لمالك الرقبة أو عن حق انتفاع على عين للمالك ، أو تنازل وارث لآخر ، كل هذه يصح أن تكون هبات غير مباشرة .

والشرط لأجل الغير هبة يشترط للموهوب له القبول حتى تصح ، والزيادات غير المباشرة هبة كذلك ، والهبات المخفية تحت عقد هبة .

وكل هذه الهبات إن وقعت من الواهب وهو صحيح عاقل رشيد صحت ولا حق لأحد في الاعتراض عليها [1] . وإن وقعت من محجور عليه لصغر أو سفه ردت قولًا واحدًا [2] . وإن وقعت من مريض مرضًا يكثر فيه الموت ، أو من شخص أقرب إلى الموت منه إلى الحياة كمن في صف القتال ، أو من محكوم عليه بالقتل ومحبوس للتنفيذ ، فإن كان التصرف لوارث بطلت لأنها وصية ولا وصية لوارث ، وإن كان لغير وارث صحت في الثلث . وإن كان لمتهم بجناية عليه بطل [3] كوصية . فإن شفي من مرضه الذي وقع فيه التصرف صح ، وكان هبة متى حازه الموهوب له قبل حصول مانع من الحوز وإلا بطلت .

---

(1) قاعدة : الهبات إن وقعت من الواهب وهو صحيح عاقل رشيد صحت ، ولا حق لأحد في الاعتراض عليها .

(2) وأما السفهاء ، والمفلسون فيلزم عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية . بداية المجتهد (486/2) .

(3) قاعدة : والهبات إذا وقعت من محجور عليه لصغر أو سفه ردت قولًا واحدًا . وإن وقعت من مريض مرضًا يكثر فيه الموت ، أو من شخص أقرب إلى الموت منه إلى الحياة كمن في صف القتال – أو من محكوم عليه بالقتل ومحبوس للتنفيذ – فإن كان التصرف لوارث بطلت لأنها وصية ولا وصية لوارث ، وإن كان لغير وارث صحت في الثلث ، وإن كان لمتهم بجناية عليه بطل .

وصحت الهبة اليدوية يدًا بيد وهي هبة المنقول ، ويشترط فيها القبول . وهو الأخذ بالفعل لكل شيء تنتقل ملكيته بمجرد الإعطاء والتملك كالنقود وورق النقد من أي نوع . وأما الدين على الغير فله إجراء خاص سبق في بيع الدين أو هبته . والسندات المالية الاسمية تحتاج لإجراء خاص لا يتحمله العطاء يدًا بيد . والسندات تحت الأمر لم تخرج عن أنها دين على الغير واجب السداد ، فهي كالدين سواء بسواء .

والهبة اليدوية ككل هبة تصح مع الشرط غير المخالف لقواعد الشرع ولا لأوامره ونواهيه ، وتصح أيضًا مع التكليف [1] كما سبق شرحه .

بند [51] نتائج الهبة بين الأحياء

القانون الفرنسي : الهبة بين الأحياء متى تمت أنتجت عدة نتائج :

أولًا : الهبة تنقل ملكية العين الموهوبة ، وترتب حقوقًا عينية على الشيء الموهوب ، فمتى تمت الهبة انتقلت الملكية بالنسبة للطرفين ، ولكن لا يعارض بها الشخص الثالث في العقار إلا إذا سجلت في سجل الرهونات . وكذا تُرتب الهبة حقوقًا عينية كحق المنفعة والارتفاق .

ثانيًا : واجبات الواهب ، الواهب ملزم بما يأتي :

1 – تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له .

2 – تنفيذ تعهداته التي منها تتكون الهبة ، كدفع أقساط التأمين مثلًا في إهداء معاش مستمر مدى الحياة .

3 – ضمان الهبة للموهوب له من استحقاق الغير أو منازعته ، وهذا من ناحية الواهب شخصيًا فقط لا من ناحية أي شخص آخر بخلاف البائع ، فإنه يضمن المبيع من منازعة الغير أو استحقاقه ، سواء جاء النزاع من ناحيته أو من ناحية الغير . فإن أثبت مدعي الملكية مثلًا أنه هو المالك الحقيقي وحكم له بملكية العقار فلا حق للموهوب له في الرجوع على الواهب بأي شيء ، لأن الواهب ملك الموهوب له ما

---

(1) قاعدة : الهبة اليدوية ككل هبة تصح مع الشرط غير المخالف لقواعد الشرع ولا لأوامره ونواهيه ، وتصح أيضًا مع التكليف .

ظن أنه مالك له ولم يلحق ضررًا بالموهوب له .

ويجب الضمان في الهبة حتى قِبَل فعل الغير كالضمان في البيع فيما يأتي :

1 – متى تعهد الواهب للموهوب له بشرط الضمان صراحة في إشهاد الهبة .

2 – متى كانت الهبة عملت بعنوان المهر .

ثالثًا : واجبات الموهوب له : المفروض أن الموهوب له لم يكن طرفًا في عقد الهبة ، فلم يتعهد بشيء للواهب . فالموهوب له ، له أن يستفيد بدون أي تكليف . غير أنه مع هذا يجب على الموهوب له بعض التزامات عادة أو بطريق الاستثناء ، وهي :

1 – الإنفاق على الواهب فيما يحتاجه ، لأنه مفهوم أن الهبة تتضمن مراعاة الواهب في ذلك . وقد علل هذا الوجوب بأن له إلغاء الهبة إذا امتنع الموهوب له عن الإنفاق ، ولكن القضائيون عللوا هذا بأن جواز إلغاء الهبة راجع إلى كفران النعمة لا إلى عدم القيام بالإنفاق .

2 – عمل ما التزم به الموهوب له من شروط الواهب . فإن لم ينفذها جاز إلغاء الهبة .

3 – دفع دين الواهب : معلوم أن الموهوب له بعنوان خاص ليس ملزمًا بدفع دين الواهب ، لكن متى كان مشترطًا ذلك وجب عليه أداؤه . فإن امتنع جاء إلغاء الهبة .

عدم جواز الرجوع في الهبة بين الأحياء ونتائج ذلك :

يرجع الكلام في هذا إلى ثلاث مسائل رئيسية :

أولًا : قاعدة عدم جواز الرجوع في الهبة في حد ذاتها : لا يجوز للواهب بطريق مباشر أو غير مباشر الرجوع في الهبة ، أو اشتراط جواز الرجوع فيها ضد الموهوب له ، وكان هذا داعيًا إلى تفكير الواهب قبل الإقدام على الهبة .

فلا يجوز الرجوع في الهبة ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة على كل عقد . غير أنه مثلًا في البيع يصح لأحد المتعاقدين اشتراط الفسخ بدون أي إجراء آخر ، وفي الهبة لا يصح مثل هذا الشرط بأي حال ولا يعمل به ، كما لا يجوز اشتراط أي شرط اختياري لصالح أحد الطرفين إلا ما نص عليه قانونًا .

ثانيًا : الشروط المضادة لأصل عدم الرجوع في الهبة : لا يجوز هبة الأملاك

المستقبلة . والمراد بالأملاك المستقبلة الأملاك التي تركها متوفًّى عند وفاته ، ولم يكن تصرف فيها . فإذا وهب أملاكًا حاضرة ومستقبلة صحت الهبة في الحاضرة دون المستقبلة ، فهي باطلة بطلانًا أصليًا .

ولا يجوز هبة شيء على أن يكون نفاذ الهبة موقوفًا على إرادة الواهب ، بل يجب أن تكون الهبة بتًّا لا خيار فيها ، وكذا تكون الهبة باطلة إذا توقفت على شرط كالذهاب إلى روما ، أو كفعل زيد كذا .

ولا تجوز الهبة بشرط دفع دين الواهب بعد وفاته إلا إذا كان الدين محدودًا وقت الهبة ومذكورًا في إشهاد الهبة أو في قائمة ملحقة بها ، فإن فعل بطلت الهبة بطلانًا أصليًا .

ولا تجوز هبة شيء مع الاحتفاظ بحق التصرف فيه ، أو في جزء منه ، أو بمبلغ من المال منه وإلا كانت الهبة ملغاة .

ثالثًا : الشروط التي لا تتعارض مع أصل (عدم الرجوع في الهبة) :

إذا اشترط الواهب احتفاظه بمنفعة العين الموهوبة صح الشرط والهبة . والعلاقة إذَنْ بين الواهب المحتفظ بالثمار والموهوب له ، الذي يملك العين الموهوبة عارية كالعلاقة التي بين من له حق الانتفاع العادى ومالك الرقبة بلا فارق ، إلا أن الواهب لا يقدم ضمانًا كالمنتفع العادي .

وإذا شرط الواهب في عقد الهبة أن العين الموهوبة ترجع إليه بعد موت الموهوب له أو بعد ورثته صح شرط الهبة ، لأنه معلق على موت الموهوب له ، دون إرادة الواهب . والذي ينتفع بهذا الشرط هو الواهب فقط لا ورثة الغير . فإذا مات الواهب قبل الموهوب له بطل الشرط وافترض القانون أن هذه الهبة كانت بدون شرط . وإن مات الموهوب له قبل الواهب عادت الهبة إلى الواهب ، فهو شرط ملغي ، واعتبرت الهبة كأنها لم تكن ، وانسحب أثر الإلغاء إلى الماضي فتلغى الحقوق العينية ، ويلغى التمليك الذي حصل من الموهوب له قبل وفاته على العين الموهوبة ، وتبقى الأعمال الإدارية والثمرة المتحصلة بمعرفة الموهوب له قبل وفاته .

ويستثنى من تصرفات الموهوب له الباطلة بموته وإرجاع العين الموهوبة للواهب ما يأتي :

1 – يبقى رهن الزوجة على أملاك زوجها الموهوب له على عين الهبة ، ولو

عادت للواهب بشرط :

1 - أن يكون الضمان في إرجاع المهر أو تنفيذ شرط في عقد ترتيب أموال الزوجين .

2 - إذا كانت الهبة تمت في عقد ترتيب أموال الزوجين الذي وجد فيه وبسببه رهن الزوجة على أملاك الزوج .

ومن هنا يفهم أن الهبة لم تعط للزوج إلا كضمان لما دفع من المهر من الزوجة فيبقى الضمان ولو عادت الهبة للواهب .

المستثنيات من قاعدة (عدم جواز الرجوع في الهبة) :

الهبة بين الأحياء يجوز الرجوع فيها لثلاثة أسباب :

أولًا : عدم تنفيذ شرط الواهب .

ثانيًا : نكران جميل الواهب من الموهوب له .

ثالثًا : وجود ولد للمتوفى بعد وفاته .

أولًا : استرجاع الهبة لعدم تنفيذ شرط الواهب : إذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ شرط الواهب المدون في إشهاد الهبة جاز الرجوع في الهبة وأخذها . ويرتكز أساس هذا الاسترجاع على قاعدة الإلغاء لشرط في العقد ملحوظ بين الطرفين ، وهو أنه إذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ شرط الواهب كانت الهبة ملغاة ، وللواهب الخيار في جبر الموهوب له على تنفيذ شرطه أو في إلغاء الهبة . وأما المنتفع بتنفيذ الشرط فليس له إلا مطالبة الموهوب له بتنفيذ الشرط فقط دون حق طلب إلغاء الهبة .

واسترداد الهبة لا يكون إلا بحكم قضائي يصدر بناء على طلب الواهب أو ورثته . ويجوز للمحكمة إعطاء مهلة للموهوب له لتنفيذ الشرط . والإلغاء يرجع للماضي ، ويجوز أن يشترط الواهب أن إلغاء الهبة في هذه الحالة يكون فورًا وبكامل الحقوق .

ومتى تم فسخ عقد الهبة عادت العين الموهوبة سليمة من كل حق للغير عليها . ولو كانت مبيعة من الموهوب له أُلغي البيع ، وافترض القانون أن هذه الهبة لم تكن موجودة يومًا ما ، فسقط بذلك جميع الحقوق العينية التي ترتبت بتصرف الموهوب له مع تطبيق المادة 2279 فيما يختص بالمنقول ، ومع الاحتفاظ بالتصرفات الإدارية وما قبضه الموهوب له من ثمرات .

ويبقى حق إلغاء الهبة مستمرًا ثلاثين سنة ، وسقوط الحق بمضي المدة يبتدئ من يوم عدم تنفيذ شرط الواهب ، وجواز استعمال حق إلغاء الهبة .

ثانيًا : استرداد الهبة لكفران الجميل : يمكن استرجاع الهبة من الموهوب له متى أنكر جميل الواهب وعمل على عدم احترامه ويقوم أساس هذا الاسترداد على معاقبة الموهوب له لكفران نعمة الواهب ، وكان هذا في القانون الروماني خاصًّا بالهبة للمعتوق ثم عمم لكل هبة ظاهرة أو خفية مباشرة أو غير مباشرة .

ويستثنى من ذلك الهبة التي حصلت من الغير في عقد الزواج ، فلا يصح استرجاعها لكفران النعمة ، لأن الملحوظ فيها ما ينتج عن الزواج من أولاد ، فلو تعدى إليهم هذا السبب لأصاب البريء .

وقد أظهر القانون شدة في عقاب منكر الجميل في الهبة أكثر من عقابه في عدم استحقاقه للميراث ؛ لأن حق الميراث استمده الوارث من القانون بخلاف حق الهبة فقد استحقه من الواهب ، ولأن الواهب قد تجرد من ملك العين الموهوبة ومنفعتها لصالح الموهوب له ، وحرم نفسه منها حال حياته ، بخلاف المورث فقد انتفع بميراثه إلى وفاته .

وأسباب الرجوع في الهبة ثلاثة :

1 - التعدي على حياة الواهب ولو بدون صدور حكم ؛ فلو أطلقت المحكمة سراح المعتدي جاز للواهب الرجوع في الهبة لهذا السبب .

2 - سوء المعاملة بإهانة أو جريمة شديدة من الموهوب له إلى الواهب ويترك تقدير ذلك إلى محكمة الموضوع .

3 - رفض مساعدة الموهوب له إلى الواهب في إعطائه معاشًا .

والرجوع في الهبة لسبب كفران النعمة لا يتم إلا قضائيًا ؛ فلا بد من صدور حكم به من المحكمة الابتدائية المختصة ، ولا يكون الرجوع بقوة القانون ولا بالاتفاق بل لابد من حكم قضائي لأحد الأسباب الثلاثة .

وهذه الدعوى خاصة بالواهب فقط إلا في الحالتين الآتيتين فينتقل الحق للورثة .

(1) إذا مات الواهب بعد رفع الدعوى فللورثة السير فيها إلى النهاية بعد الوفاة .

(2) إذا مات الواهب في السنة التي حصل فيها سوء المعاملة فيجوز للورثة السير فيها .

وهذه الدعوى خاصة بشخص الواهب فلا حق لدائني الواهب في رفعها باسمه ولا لورثته إلا في حدود المستثنى . والدعوى كذلك خاصة بشخص الموهوب له فلا ترفع الدعوى ضد ورثته مباشرة . ويجب التأشير على هامش إشهاد الهبة بطلب الاسترجاع أي يجب إشهار طلب الاسترجاع ليتبين الغير بما يترتب على تصرفه بعد ذلك . وحكم استرجاع الهبة لا يرجع للماضي فيما يختص بالشخص الثالث أو بالغير ، بمعنى أن الموهوب له إذا تصرف في الهبة بتمليك للغير أو رتب حقوقًا عينية على العقار الموهوب فليس للواهب حق الرجوع على المالك ، أو صاحب الحق المذكور ، ولهم معارضته بحقهم المذكور .

لكن حكم استرجاع الهبة يرجع للماضى حتى بالنسبة للغير من يوم التأشير على هامش إشهاد الهبة بطلب الاسترجاع . لأن الغير أهمل لعدم توثقه من ملكية الموهوب له للعين الموهوبة . وبذا يكون التمليك وترتيب حق عيني على الهبة باطل من يوم التأشير بسجل الرهونات على هامش إشهاد الهبة .

وحكم استرجاع الهبة يرجع للماضي بالنسبة للواهب والموهوب له بمعنى أن الهبة يجب أن ترد بعينها إن كانت تحت يد الموهوب له . فإن كانت عقارًا وتصرف فيها بالتمليك للغير وجب تقويمها وقت تقديم الطلب ودفع قيمتها للواهب . وإن رتب عليها حقًّا عينيًا وجب تعويض الواهب بقيمة ما أصاب العقار من هذه الحقوق . أما الثمار التي استحوذ عليها فلا يرجعها إلى يوم تقديم الطلب ومن يوم تقديم الطلب وجب على الموهوب له ردها للواهب .

وتسقط دعوى استرجاع الهبة إما بسماح الواهب للموهوب له صراحة أو ضمنًا ، وإما بمضي سنة واحدة من تاريخ صدور الإهانة وعِلْمِ الواهب بها .

ثالثًا : استرجاع الهبة لحدوث مولود له بعد الهبة : هذا السبب يرجع إلى القانون الروماني أيضًا . وسبب ذلك أن القانون يفرض أن إرادة الواهب ضمنًا أن يهب للغير ما دام لم يكن له ولد . ومفهوم أنه لو كان له ولد لما فعل ، ولذلك أباح له القانون الرجوع في الهبة لهذا السبب حتى ولو تعهد في إشهاد الهبة أنه لا يرجع فيها ولو وجد له ولد بعد الهبة . والرجوع في كل الهبات على أي شكل كانت ، ولأي شخص كان ، حتى ما وهبه بسبب زواج الغير فقط . ويستثنى الهبة من أحد الزوجين للآخر ،

سواء في عقد الزواج ، أو في مدة الزواج ، فلا يصح الرجوع فيها قانونًا .

شروط استعمال حق استرجاع الهبة لهذا السبب :

أولًا : يجب أن لا يكون للواهب ولد وقت إشهاد الهبة .

ثانيًا : يجب أن يوجد له ولد بعد الهبة .

فإن وجد ولد شرعي أومعترف به أو أولاد ولد وإن سفل وقت الهبة منع الرجوع فيها . وإن وُجِد حمل أو ولد طبيعي أو ولد متبنىً وقت الهبة فلا يمنع استرجاعها لوجود ولد بعدها .

والولد الذي يكون سببًا في استرجاع الهبة هو من وجد بعد الهبة من أولاد شرعيين أو أولادهم لا الولد المتبنى . وأما الولد الطبيعي المعترف به فإن ولد بعد الهبة صح استرجاع الهبة وإن كان موجودًا وقتها فلا ، ولو اعترف به بعدها .

استرجاع الهبة يكون حقًّا كاملًا بمعنى أنه لا يحتاج إلى حكم بالإلغاء ، فيصح أن يكون بالاتفاق ، فإن لم يقبل الموهوب له كان للواهب رفع دعوى رد العين الموهوبة لإلغاء عقد الهبة . لأن الهبة ألغيت بنص القانون ، فلا تحتاج لحكم في هذا الموضوع ، بخلاف الأسباب السابقة فلا بد فيها من حكم بالبطلان .

وحكم استرجاع الهبة يرجع للماضي فكل تمليك أو حق ترتب من الموهوب له على العين الموهوبة يكون باطلًا ، ويطبق عليه شروط ونتائج الشرط الملغي في العقود العامة ، ماعدا استرجاع الثمرات ، فليس الموهوب له ملزمًا بردها إلا من يوم إنذاره بالرد أو ردها بالاتفاق .

وللواهب حق التصرف في أعيان الهبة من جديد ؛ لأنها قد دخلت قانونًا في ملكه فله حق التصرف كما يشاء فلا تكون ملكًا للولد الذي كان سببًا في إلغائها إلا إذا وجدها في مال المتوفى ميراثًا ، بل للواهب أن يعيدها هبة لنفس الموهوب له أو لغيره بشروط الهبة من جديد .

ويسقط حق استرجاع أعيان الهبة بمضي ثلاثين سنة من تاريخ ولادة آخر ولد أو ولد ولد للواهب .

وسقوط الحق بوضع اليد مدة 30 سنة يخالف القانون العام في :

(1) لا اعتبار لغير مضي مدة الثلاثين سنة سواء كان وضع اليد بحجة قانونية أو بحسن نية أو لا .

(2) تبطل الهبة بحدوث ولد للواهب من يوم ولادته لكن مدة الثلاثين سنة تبتدئ من ميلاد آخر ولد للواهب .

(3) بعد مضي الثلاثين سنة كأن الهبة تأكدت من جانب الواهب وهذا ما يتفق مع إلغائها بكامل الحق [1] .

بند [52] نتائج الهبة

التشريع الإسلامي : متى تمت الهبة من إيجاب وقبول لمعين انتقلت ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له . فإن أشهد الواهب على الهبة ومات الواهب أو مات المرسل إليه المعين فلا تبطل الهبة ، وهي لورثة الموهوب له ميراثًا [2] .

فإن جَدَّ في الحوز والواهب يُسوِّف حتى مات فلا تبطل ، ومتى أشهد الواهب فللموهوب له معارضة الغير ، ومتى تم الحوز فقد تمت الهبة [3] .

بين الطرفين ومع الشخص الثالث :

فإن وهب ولم يشهد أنها له ، ومات الواهب أو المرسل إليه بطلت الهبة . وكذا لو أفلس مثلًا فلا يعارض الغير بهذه الهبة .

وهذا في المنقول . وأما في العقار فلا بد من نقل التكليف حسب أمر أولي الأمر وإلا فلا يعارض بالهبة العقارية الغير .

واجبات الواهب : يجب على الواهب تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له ليحوزها لنفسه لتتم الهبة ، وأُجبر الواهب على تمكين الموهوب له من العين الموهوبة من القاضي أو الحاكم إذا لم يكن القضاء موجودًا [4] .

(1) انظر : البنود من 931 إلى 966 ، في الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 214 .

(2) الشرح الصغير (340/3) .

(3) وصح القبول إن جَدَّ الموهوب له في الحوز وفي قبض الهبة من الواهب ، والواهب يسوِّفُ به حتى مات . الشرح الصغير (341/3) . بداية المجتهد جـ 2 ص 327 .

(4) تناولت المادة 493 من القانون المدني المصري ما يترتب على انعقاد الهبة ونقل ملكية الشيء الموهوب إلى =

كما يجب عليه تنفيذ تعهداته بالنسبة إلى الشيء الموهوب . فإن وهب عقارًا لأولاد ولده وكان مرهونًا نظير باقي ثمنه وتعهد بالسداد وجب عليه الوفاء لما تعهد به .

وضمان الواهب للهبة يلزم بمجرد عقد الهبة والضمان في عدم الرجوع على الواهب متى تم الحوز حتى ولو لم يقبضها الموهوب له [1] ، فإن باعها الواهب قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها فلا تبطل الهبة ، ولكن يخير الموهوب له في رد البيع وفي إجازته وأخذ الثمن فإن علم الموهوب له بالبيع وفرط في حوزها مضى البيع وله الثمن ؛ لأنه ملك الهبة بمجرد الإيجاب وتمامها بالقبض [2] ، وقيل الثمن للواهب لأنه لم يقبض ولم يقبل قبل البيع فهو مفرط .

وإن وهبها الواهب لشخص ثان وحازها قبل الأول فهي للثاني لتقوِّي جانبه بالحيازة ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول ، ولو جدَّ في الطلب على المشهور ، وقيل : على الواهب القيمة يوم الهبة لأنه تصرف في ملك الغير ؛ لأن الموهوب له ملك العين الموهوبة بمجرد الهبة .

ومن هذا يتبين أن ضمان الواهب للهبة في تصرفه هو في بعض الأحوال لأنه متصدق بما وهب ، غير أن أفعال المكلفين تصان عن العبث ، فمتى وهب لزمه ما وهب ، وعليه تسليمه فإن تصرف فقد عرفت حكمه .

كل هذا في تصرف الواهب نفسه ، فإن استحقت الهبة من الغير أو هلكت فلا ضمان على الواهب للموهوب له [3] .

= الموهوب له بمجرد انعقاد العقد ، من وجوب تسليم العين الموهوبة للموهوب له ، ونصها : « إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه . وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » .
وهو ما تناولته المادة 1/530 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب ، إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه . وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد ، ويجبر الواهب على التسليم (انظر مادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية .

(1) قاعدة : ضمان الواهب للهبة يلزم بمجرد عقد الهبة والضمان في عدم الرجوع على الواهب متى تم الحوز ، حتى ولو لم يقبضها الموهوب له .

(2) قاعدة : ملك الهبة بمجرد الإيجاب وتمامها بالقبض .

(3) نصت المادة 494 مدني مصري والمادة 466 من المشروع المدني طبقًا للشريعة الإسلامية على أن الواهب لا =

فإن شرط الموهوب له أن الهبة إذا استحقت للغير فالواهب ضامن صح الشرط والهبة وعمل به . فإن تعلق بالهبة حق للغير كأن دفع شخص بقرة مهرًا لولده فاستحقت البقرة ، أو دفع سَلَمًا عن شخص مثلًا شيئًا معينًا ثم استحق منه ، ففي هذه الأحوال يبقى البضع بلا عوض وتبقى ذمة المسلم إليه مشغولة فلو ضَمَّنَّا الزوج فقد ضمن فعل غيره إذا كان موسرًا وإن كان معسرًا اتبع بالمهر في ذمته . وعلى المسلم إليه الوفاء بما تعهد به ، لأن ذمته لازالت مشغولة بالسلم ، حيث لم يصح الوفاء فلم تبرأ ذمته . وفي الواقع إن الزوج لم يضمن فعل الغير ولكنه أُلْزِم بالمهر مقابل البضع الذي تمتع به ، وكأن الهبة لم تكن ، ولم يفعل الواهب شيئًا سالبًا بل كان يعتقد أنه يملك ما وهب ، لهذا كان غير ضامن .

واجبات الموهوب له : الهبة التي تكون مقصودًا بها نفع الموهوب له فقط بدون انتظار شيء آخر لا يلزم الموهوب له بأي شيء قِبل الواهب لا بإنفاق ولا بدفع دين . فإن كانت الهبة بشرط الثواب (يعنى الرد) في مناسبات كمن أهدى صديقًا مثلًا كبشًا في فرح ولده أو في ختانه أو كانت الهبة مع شرط كأن يتصدق منها كل أسبوع مثلًا للفقراء والمساكين على روح أمه أو أبيه وجب الوفاء بالشرط حيث لم يخالف الشرع [1] . فالموهوب له للثواب يجب عليه رد قيمة الهبة في

= يضمن « استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضًا عادلًا عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ... » وهو ما نصت عليه كذلك المادة 568 مدني أردني ؛ فقد جاء في فقرتها الأولى أنه : « لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له إذا كانت الهبة بغير عوض ، ولكنه يكون مسئولا عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . أما إذا كانت الهبة بعوض فإنه لا يضمن الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، مالم يتفق على غير ذلك » . وقد تناولت المادتان 614 ، 615 مدني عراقي والمادتان 531 ، 532 مدني كويتي الموضوع نفسه . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي ومقرراته ؛ فقد نص ابن رجب في القاعدة الثالثة والتسعين من قواعده (ص 230) على أن : « اليد القابضة » تملكا لا بعوض للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية ترجع بما ضمنته بكل حال ، لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مغرورة ، إلا ما حصل لها به نفع ففي رجوعها بضمانه روايتان ... وذكر القاضي وابن عقيل أنها لا ترجع بما ضمنته بحال ، وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلف المال تحت يده وإن كان أمينًا ... » .

(1) ويجوز للواهب شرط الثواب على هبته أي العوض عليها ، وتسمى هبة ثواب . الشرح الصغير (3/346) .

مناسبات يقتضيها العرف والعادة ، بل ويجوز للواهب أن يطلب ردها لغير مناسبة لأنها تعتبر حقًّا مستحقًّا عند الموهوب له فيقضى بها عند التنازع .

والموهوب له مع شرط الصدقة مثلًا إن لم يفعل فللواهب استرداد هبته لأن الشرط واجب الوفاء شرعًا وعرفًا وهو لم يف [1] .

والهبة بشرط الإنفاق على الواهب باطلة لأنها بيع في ثوب هبة فهو عقد معاوضة من الجانبين وهو باطل للغرر [2] لأن النفقة غير معلومة قلة وكثرة ولا يدري هل يطول عمر الواهب أم يقصر فهو عقد حظ ، وفيه خطر على المتعاقدين لجهل أحد العوضين .

ودفع دين الواهب ليس بواجب على الموهوب له ، إلا إذا كان بشرط في الهبة [3] ، وأن يكون الدين معلومًا فهو شرط صحيح لازم يجب الوفاء به؛ وإن لم يف الموهوب له به جاز إلغاء الهبة .

وليس معنى عدم دفع نفقة الواهب ولا سداد دينه كفرانًا بالنعمة ، لأن كفران النعمة لا يكون إلا قبل التمليك أو مع التمليك بشرط . ولكن متى تم التمليك بلا شرط وامتنع الموهوب له من الإنفاق أو من سداد الديون فلا شيء عليه ، ولا يصح سلب ما تملكه بسبب صحيح ؛ لأن نفسه شحت بما كان واجب المروءة يدفعه لعمله .

فإن كان الدين واجب الأداء قبل الهبة والهبة أنقصت قدرة الوفاء فقد أحاط الدين به ، فلا تجوز له الهبة ولدائنيه الحق في إبطال هذه الهبة لسداد ديونهم وليس للواهب حق في إبطالها لذلك فالحق للدائنين ، وإن كان الدين بعد الهبة فقد ملكها الموهوب له بلا قيد ولا شرط [4] .

---

(1) تناولت المادة 486 من القانون المدني المصري هبة الثواب ونصها : « يجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 159 .

(2) قاعدة : الهبة بشرط الإنفاق على الواهب باطلة لأنه بيع في ثوب هبة ، فهو عقد معاوضة من الجانبين ، وهو باطل للغرر ، وقد تقدمت الإشارة لما جاء في المادة 855 من المجلة العدلية من تصحيح هذه المعاملة إذا كان العوض معلوما ، وانتفى الغرر .

(3) قاعدة : دفع دين الواهب ليس بواجب على الموهوب له ، إلا إذا كان بشرط في الهبة .

(4) تناولت المادة 499 من القانون المدني المصري موضوع اشتراط الواهب وفاء الموهوب له بديون الواهب عوضًا عن هبته ، ونصها : « إذا اشترط الواهب عوضًا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزمًا إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا مالم يتفق على غيره » . =

الرجوع في الهبة :

الأصل في الهبة أنها تمليك بغير عوض [1] فمتى تمت بإيجاب وقبول وحيازة فقد ملكها الموهوب له ملكًا تامًّا فلا رجوع لأحد عليه لا من الواهب ولا من غيره .

فإن كانت الهبة هبة ثواب (يعني نظير عوض) كهدايا العرس مثلًا ؛ فعلى الموهوب له قيمتها يوم أخذها أو مثلها ، إن كانت مثلية ويقضى بها عليه حتى ولو لم تأت مناسبات متى طلبها الواهب .

فمبدأ عدم الرجوع في الهبة في حد ذاته مبدأ مقرر في غير هبة الثواب ، فإن اشترط الواهب في هبته أن له الرجوع فيها متى شاء كان له ذلك سواء كان الموهوب له قريبًا ، أو أجنبيًّا ؛ لأن الهبة ككل العقود يجوز للعاقد أن يشترط فيها ما يراه مصلحة له . على أنه ليس المراد بالهبة التمليك المؤبد للعين الموهوبة فكما يجوز أن يكون مؤبدًا يجوز أن يكون مؤقتًا ولا ضرر على الموهوب له لأنه قبل الهبة على ذلك . وعلى هذا فيجوز هبة الأملاك المستقبلة كأن يقول : لك نصف ربحي من تجارتي هذه هذا العام ، أو كل عقار أتملكه فلك نصفه هبة ، فيجوز وتصح الهبة فإن مات قبل نفاذها بطلت ، لأن الحوز شرط فيها وهو لم يحصل [2] .

= وقد أخذت المادة 470 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بجواز الاتفاق في الهبة على الوفاء بديون الواهب مع اشتراط وجوب تحديد هذه الديون ومعرفتها لصحة هذه الهبة . وقد كان الاستناد في اشتراط تحديد الديون على هذا النحو ومعلوميتها إلى ما نصت عليه المادة 881 من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي من أنه « إذا شرط في الهبة عوض معلوم صار بيعًا فتجري فيها أحكامه ، وإذا كان العوض مجهولًا فهو بيع فاسد » وقد تنبه المؤلف إلى وجوب معلومية الدين المشترط الوفاء به في التعويض عن الهبة لصحتها ، وهو ما استحدثته المادة 470 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وذلك تجنبًا للغرر :

وهذا هو ما جاء في المادتين 573 و 574 من التقنين الأردني .

وكذا المادة 536 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فإنه لا يكون ملزمًا إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(1) قاعدة : الهبة عقد تمليك بغير عوض .

(2) جاءت المادة 500 من القانون المدني المصري بالحكم بجواز الرجوع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها ، « متى استند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع » .

والمادة تتفق في حكمها مع المادة 620 من التقنين العراقي التي تنص على أن : « للواهب أن يرجع في الهبة برضاء =

وأما الهبة المعلقة على إرادة الواهب فهي كلا هبة ؛ لأنه قد لا يريد فلا توجد الهبة ، ويجب أن تكون بتًّا وإن اشترط فيها شروطًا لمصلحته (1) .

وتجوز الهبة لشيء مع الاحتفاظ بحق التصرف في عينه أو في جزء منه ومعنى هذا أنه هبة للمنفعة واشتراط جواز التصرف في العين نفسها ذات المنفعة وهو جائز لا شيء فيه ، فإن اشترط رجوع العين الموهوبة له بعد وفاة الموهوب له جاز وهي

= الموهوب له فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة 576 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - « للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

2 - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له . فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - « لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

2 - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

وقد أجملت المادة 501 مدني مصري والمادة 472 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بعض الأعذار الخاصة المبيحة للرجوع في الهبة ، ونصها : « يعتبر على الأخص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة :

أ - أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو زوجه أو نحو أحد أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحود كبيرًا من جانبه .

ب - أن يصبح الواهب عاجزًا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

جـ - أن يرزق الواهب الذي ليس له ولد وقت الهبة ولدًا بعدها ، ولو كان جنينًا وقت الهبة متى كان الواهب يجهل ذلك ، أو أن تظهر بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظن وقت الهبة أنه ميت ، على أن يظل الولد في الحالين حيًّا إلى وقت الرجوع .

د - أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه في العقد دون عذر مقبول » .

وهو ما أجملته كذلك المادة 621 مدني عراقي والمادة 577 مدني أردني والمادة 538 مدني كويتي . وفي الفقه الإسلامي اتجاهان في حكم الرجوع في الهبة ، أولهما اتجاه الأحناف إلى التوسع في قبول الأعذار المبيحة للرجوع (المبسوط 53/12) والآخر اتجاه جمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين يقيدون الرجوع في الهبة ، ولا يجيزونه إلا في حالة واحدة ، هي هبة الوالد لولده . راجع الخرشي 113/7 وما بعدها وبدائع الصنائع 118/6 والوسيط للسنهوري 45 فقرة 125 ، والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في التعليق على المادتين 471 ، 472 .

(1) يقول الدردير : [وبطلت الهبة بمانع أي حصوله قبل الحوز من واهبها وإن بغير إذنه وبين المانع بقوله من إحاطة دين بالواهب أو جنون أو مرض اتصلا بموت] . الشرح الصغير جـ 3 ص 340 بداية المجتهد جـ 2 ص 327 ، 328 .

المسماة بالعُمْرَى في الاصطلاح الفقهي وينتفع بهذا الشرط الواهب وورثته والغير لأنه بعد وفاة الموهوب له تعود العين الموهوبة إلى تركة الواهب فيقضى منها دينه وتقسم على الورثة إن كان قد مات ، وإن كان بقي حيًا دخلت العين المذكورة في ملكه كما كانت لأنه مقتضى الشرط [1] .

فإن مان الواهب قبل الموهوب له بقي الشرط كما هو ، وانتفع ورثة الواهب به لأنهم ورثته فيما له وما عليه ، وإن مات الموهوب له قبل الواهب عادت الهبة للواهب كما تعود لورثته سواء بسواء .

ومتى كان مشترطًا رجوع عين الهبة إلى الواهب فتكون الهبة منصبة على المنفعة فقط ، فليس للموهوب له أن يتصرف في نفس العين الموهوبة لأنه تصرف في غير ما يملك فهو تصرف فضولي فإن أذنه مالك العين نفذ تصرفه وإلا بطلت جميع تصرفاته الخاصة بالعين (يراجع تصرف الفضولي في العقود) [2] .

وليس في التشريع الإسلامي رهن الزوجة على أملاك زوجها لأن أملاكهما منفصلة

(1) يقول الدردير : [الهبة تمليك من له التبرع ذاتًا نقل شرعًا بلا عوض] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 بداية المجتهد جـ 2 ص 327 ، 328 .

(2) تناولت المادة 491 من القانون المدني المصري حكم هبة شيء مملوك للغير ، ونصها : « إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات ، غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين 466 ، 467 » وتتعلق هاتان المادتان بأحكام بيع ملك الغير ، وجملة ذلك عدم سريان هذا البيع في حق المالك إلا إذا أقره ، وينقلب البيع صحيحا في هذه الحالة ، وينقلب صحيحًا كذلك إذا آلت ملكية المبيع لهذا البائع الفضولي . وليس ما جاء في هاتين المادتين سوى تطبيق القاعدة العامة الواردة في المادتين 127 و 3/128 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ؛ فقد نصت المادة 127 على أنه « يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه » . ونصت المادة 3/128 على أنه إذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه ، كانت إجازته للمالك .
ويتفق ذلك مع المادة 549 من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ، ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه » .
وكما يتفق مع ما جاء في المادة 1/609 من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معينا مملوكًا للواهب » .
ومع المادة 527 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « هبة مال الغير باطلة » .
وأحكام المادة تتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي . حيث تنص المادة 857 من المجلة على أنه يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب . وبناء عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصح . ولكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال يصح . (انظر في هذا البدائع جـ 6 ص 119) والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 162 .

تمام الانفصال فلا ضمان لأحدهما على الآخر إلا في الحقوق العامة كأي فرد مع الآخر .

مستثنيات من قاعدة (عدم جواز الرجوع في الهبة [1]) :

الرجوع في الهبة يكون لأحد أمرين ، إما لشرط من الواهب فينفذ الشرط وترجع الهبة حسب الشرط ، وإما لقرابة خاصة ، وإما لعدم تنفيذ الشرط الذي اشترطه الواهب لمصلحة يراها .

أولًا : شرط جواز الرجوع في الهبة ، يجوز للواهب أن يشترط الرجوع في هبته متى شاء أو في مدة معينة بعد سنة أو سنتين أو عشر [2] إلخ .

ثانيًا : عدم تنفيذ شرط الواهب ، يجوز للواهب أن يشترط فعل كذا على الموهوب له فإن فعل ونفذ شرط الواهب فبها ، وإن لم ينفذ جاز للواهب أن يسترد هبته لعدم تنفيذ الشرط [3] .

ثالثًا : القرابة الخاصة ، يجوز للأب دون غيره اعتصار الهبة (أخذها) من ولده الحر الذكر والأنثى صغيرًا أو كبيرًا غنيًا أو فقيرًا [4] .

ويجوز للأم دون غيرها اعتصار ما وهبته لولدها بشرط أن يكون الولد صغيرًا ذا أب ، فلا اعتصار لها من يتيم [5] ، فإن وهبت كبيرًا فلها الرجوع [6] .

ويشترط في جواز الاعتصار [7] :

(1) قاعدة : عدم جواز الرجوع في الهبة إلا بشروط .

(2) قاعدة : يجوز للواهب أن يشترط الرجوع في الهبة متى شاء أو في مدة معينة بعد سنة أو سنتين أو عشر إلخ .

(3) قاعدة : يجوز للواهب أن يشترط فعلا أو تكليفا وهذا هو مذهب المالكية ومن تبعهم من الشافعية والحنابلة ، طبقًا لما سلفت الإشارة إليه . على الموهوب له فإن فعل ونفذ شرط الواهب فبها ، وإن لم ينفذ جاز للواهب أن يسترد هبته لعدم تنفيذ الشرط .

(4) قاعدة : يجوز للأب دون غيره اعتصار الهبة (أخذها) من ولده الحر الذكر والأنثى صغيرًا أو كبيرًا غنيًا أو فقيرًا .

(5) بينت المادة 500 من القانون المدني المصري حكم الرجوع في الهبة طبقًا لما سبق ، وهو ما بينته كذلك المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهبا لولدهما » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(6) قاعدة : يجوز للأم دون غيرها اعتصار ما وهبته لولدها بشرط أن يكون الولد صغيرًا ذا أب ، فلا اعتصار لها من يتيم ، فإن وهبت كبيرًا فلها الرجوع .

(7) يقول ابن رشد : [ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها ؛ فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن ... وأن للأم أيضًا أن تعتصر ماوهبت إن كان الأب حيًا] بداية المجتهد جـ 2 ص 332 الشرح الصغير جـ 3 ص 342 وما بعدها ، الكافي لابن عبد البر ص 528 .

أولًا : أن تكون الهبة باقية على ذاتها ، فإن فاتت بهبة أو بيع أو بتغيير كلي في الذات (لا تغيير بحوالة سوق) بزيادة في الذات ، أو بنقص فيها ، فلا يجوز الرجوع في ذات الهبة .

ثانيًا : أن لا يكون قد ترتبت حال الموهوب له على هذه الهبة كأن كانت بنتًا وتزوجت لهذه الهبة أو بهذه الهبة ، أو كان رجلًا وتزوج لها أو بها أو تعامل الموهوب له مع الناس على هذه الهبة فأتمنه الناس على أموالهم نظير هذه الهبة كضمان بين يديه يمكنه السداد منها ، فلا يجوز حينئذ الرجوع في هذه الهبة .

ثالثًا : أن لا يمرض الولد الموهوب له أو يمرض الواهب مرضًا يخشى عليه منه ؛ لأنه بالمرض أصبح شبه حق لورثته في ماله فلا يؤخذ من مالهم شيئًا .

وكل هذه الأحوال والشروط يعمل بها إلا أن يهب على هذه الأحوال ؛ فإن اشترط ذلك فله الرجوع لأنه قد أبان شروطه مع الهبة فلا عذر لأحد تعامل على هبة معرضة دائمًا للاعتصار والرجوع فيها . واسترداد الهبة يكون بحكم قضائي عند النزاع ، فإن اتفقا على التسليم للعين الموهوبة جاز بلا رجوع لحكم حاكم .

والنظر للقاضي في أن الموهوب له خالف شرط الواهب أم لا ، فإن سمع دفاعه ووجد من المصلحة إمهاله أمهله بما لا يضيع معه حق الواهب .

ومتى تم الفسخ فإن كانت العين الموهوبة لا تزال كما هي بلا فوت أيًّا كان عادت لربها ، وإن حصل مفوت للعين الموهوبة ببيع أو رهن أو أي تصرف عاد لصاحبها قيمتها يوم الهبة أو مثلها ؛ فترتيب الحقوق العينية مفيت لإرجاع عين الهبة حفظًا لمعاملة الناس وزيادة في طمأنينتهم ؛ لأن الموهوب له تصرف في الهبة وهو مالك بلا نزاع ملكًا مطلقًا ومن تعاقد معه تعاقد على هذا الأساس فيجب احترام هذا التعاقد .

وأما إذا كان الإلغاء لشرط في عقد الهبة احتفظ به الواهب لنفسه ، فإن تصرف الموهوب له غير نافذ إلا إذا أجازه الواهب ؛ لأن الواهب هو المالك في الحقيقة ، وتصرف الموهوب له تصرف فضولي .

ويبقى حق إلغاء الهبة مستمرًّا متى كان مشروطًا مهما طال الزمن . وكذا في مخالفة شرط الواهب ما دامت المخالفة قائمة . وفي الاعتصار من الصغير ما دام عين الهبة موجودًا ولم يتغير أو يذهب شرط من شروط الاعتصار السابقة .

وجواز إلغاء الهبة لسبب من أسباب التشريع الوضعي وإهدار ما ترتب على

تصرف المالك الموهوب له فيه مساس بحقوق ترتبت بحق ولا غش فيها . وقد وثق المتعاقد مع الموهوب له كأنه مالك حقيقة،ففي إبطال تصرفه تضييع لحقوق لا ذنب لأصحابها وقت تعاقدهم ، لهذا كان التشريع الوضعي جائرًا لا عدل فيه .

وأما استرداد الهبة لكفران النعمة فهو غير موجود في التشريع الإسلامي ؛ لأن الملكية يجب أن تكون مبنية على أساس صحيح متى تمت بين المتعاقدين فلا تخضع لحادث طارئ ، فلا دخل للهبة التي ملكها الموهوب له وقت عقد الهبة أو بعده في حصول زعل أو تعد أو استهتار - إلخ ؛ لأن هذا معناه أن الموهوب له يملك الهبة بشرط عدم إساءة الواهب ولم يقل بذلك أحد ، فلا تأثير لملكية الموهوب له من إساءة الواهب من الموهوب له .

والتعدى على حياة الواهب من الموهوب له لا يبطل الهبة ؛ فقد نص الفقهاء على أن القتل بعد الهبة لا يبطلها ، قبض الموهوب له أم لا ، علم الواهب أم لا ، تعمد القتل أم لا [1] ، بخلاف القتل بعد الوصية ولم يغيرها فهي باطلة ؛ لأن الوصية من قبيل الميراث فالقاتل لا يرث ، وأما الهبة فهي دائمًا بين الأحياء ولا علاقة لها بالقتل ولا بغيره .

وإذا كانت الهبة لا تبطل بالقتل فمن باب أولى لا تبطل بالإهانة الشديدة ولا برفض مساعدة الواهب ماديًا أو أدبيًا .

وكل حق جاز للواهب مباشرته جاز لورثته من بعده [2] كذلك فالإخلال بشرط الواهب واشتراط استرجاع الهبة متى شاء تنتقل للورثة ، ولكن حق الاعتصار للأب وللأم مثلًا حق لهما شخصيًا فليس لغيرهم استعمال هذا الحق لا من الورثة ولا من الغير .

وحدوث ولد للواهب لا يجيز له استرجاع هبته إلا إذا كان ذلك مشروطًا في عقد الهبة ، فإن لم يكن مشروطًا فقد تملك الموهوب له الهبة ملكًا شرعيًا بلا قيد ولا شرط ؛ فلا تؤخذ منه بلا سبب شرعي ، وليس حدوث الولد سببًا في بطلانها .

---

(1) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادتين 472 ، 473 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامي والمواد المشابهة لهما في القوانين المدينة العربية من الاتجاه إلى التوسع في أسباب الرجوع في الهبة ، خلافًا لما أخذ به المؤلف الذي نراه ينتصر للاتجاه الفقهي لجمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين قيدوا حق الرجوع في الهبة باشتراطه في عقد الهبة أو بموافقة الموهوب له ورضاه ، أو إذا كان الواهب أبا أو أما للموهوب له فإنه يجوز لأيهما الرجوع فيما وهبه لولده .

(2) قاعدة : كل حق جاز للواهب مباشرته جاز لورثته من بعده .

استرجاع الهبة حق للواهب متى كان مشروطًا أو خالف الموهوب له شرط الواهب بمعنى أن له طلب حق الإبطال وتسليم العين الموهوبة ، فإن قبل الموهوب له فبها ونعمت ، وإن لم يقبل حقق القاضي دعوى المدعي ، وسمع الأدلة ، وسمع دفاع المدعى عليه وأدلته ، ثم حكم طبقًا للحق والعدل بمقتضى ما قدم إليه من أدلة وبراهين ، فعقد الهبة صحيح حتى يحكم بالبطلان أو يتم الاتفاق بين الطرفين على الاسترجاع وديًّا .

واسترجاع الهبة يكون لعينها إن كانت قائمة ولم يحدث لها فوت ، فإن فاتت لزم الموهوب له القيمة يوم قبض الهبة ؛ مع اعتبار أن كل تصرف صدر من الموهوب له صدر صحيحًا ويفيت الهبة إلا إذا كان حق الرجوع مشروطًا فقد سبق القول أنه تصرف في ملك غيره فهو موقوف على إجازة المالك أو رفضه .

الكتاب الثاني

بند [53] قواعد خاصة بالوصايا

القانون الفرنسي : تكوين الوصية (شكل الوصية) ينقسم الكلام في الوصية أولًا إلى :

(1) الوصايا المحررة بشروط عادية .

(2) الوصايا التي عُمِلت في ظروف خاصة واستثنائية .

الوصايا الاعتيادية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(1) الوصية المحررة بخط الموصي .

(2) الوصية الرسمية أو المسجلة .

(3) الوصية السرية .

الوصايا التي عملت في ظروف خاصة واستثنائية :

(1) الوصية الحربية .

(2) الوصية التي عملت وقت الوباء .

(3) الوصية التي عملت في البحر .

(4) الوصية التي عملت خارج أرض الوطن .

القسم الأول : الوصية المكتوبة وهي ما كتبها الموصي بخطه بإمضاء عرفي . والذي يجب أن يجتمع فيه شروط ضرورية .

شروط الشكل : يجب أن يجتمع لوجود شكل الوصية المكتوبة ثلاثة شروط :

(1) يجب أن تكون مكتوبة كلها بيد الموصي .

(2) يجب أن تكون مؤرخة .

(3) يجب أن تكون ممضاة من الموصي .

ويجب أن تكون الوصية مؤرخة لمعرفة أهلية الموصي ولمعرفة الأسبق من الوصايا عند تعددها لتقديم الأقدم تاريخًا ، والشك في التاريخ أو عدم وجوده يكفي لبطلانها .

ولا يشترط أي شرط آخر ولا أي شكل آخر في الوصية .

القسم الثاني : الوصية الرسمية وهي التي عملت أمام مُسَجِّلي عقود وحضور شاهدين اثنين أو أمام مسجل عقود واحد وحضور أربعة شهود ، ويشترط حضور الشهود مدة تحرير الوصية من أولها لآخرها حضورًا حقيقيًا .

شروط الشكل : ويشترط لوجود الوصية الرسمية مطابقةً في شكلها للقانون الشروط الآتية :

(1) إملاء الموصي وصيته إلى مسجل العقود فالأخرس لا تجوز وصيته الرسمية .

(2) كتابة مسجل العقود للوصية حسب إملاء الموصي ، إلا تصليح اللغة فيجوز لمسجل العقود إصلاحها .

(3) قراءة الوصية حسب ما كُتب على الموصي وعلى الشهود لمعرفة أن الوصية عملت حسب إرادة الموصي ودونت حسب إملائه .

(4) كتابة ما سبق من إملاء وكتابة وشهود وقراءة في نفس ختام الوصية .

(5) إمضاء الوصية من الموصي ومن الشهود ومن مسجل العقود ، فإن كان الموصي لا يعرف القراءة والكتابة أو منعه مانع من الإمضاء وجب ذكر ذلك في الوصية .

وفي الريف يكفي إمضاء شاهد من الشاهدين مع مُسَجِّلَيْ العقود فإن حضر مسجل واحد وحضر أربعة شهود كفى إمضاء شاهدين .

(6) ذكر المكان الذي تمت فيه الوصية لمعرفة اختصاص مسجل العقود .

ويشترط في الشهود البلوغ والرشد وكونهم فرنسيين ، ويجوز أن يكونوا ذكورًا فقط أو إناثًا فقط أو منهما ، ولا يجتمع زوج وامرأته في شهادة وصية واحدة .

عدم الأهلية الخاصة بالشهود :

لا تشهد الشهود الآتية :

(1) الموصى لهم بأي وصف كانوا .

(2) أقارب أو أنسباء الموصى لهم إلى الطبقة الرابعة .

(3) وكيل وكتبة مسجل العقود الذي سمع الوصية .

القسم الثالث : الوصية السرية : وهي ما حررها الموصي أو أملاها لشخص آخر غير مسجل العقود بدون حضور أي موظف عمومي والتي سلِّمت مطوية مختومة مربوطة إلى مسجل العقود لحفظها .

شروط الشكل : تقوم الوصية السرية على أمرين أساسيين :

(1) عمل الوصية نفسها : وهي عمل بإمضاء عرفي لأنها عُمِلت في غيبة الموظف العمومي ويمكن أن تكون بخط الموصي ، كما تكون بخط غيره بشرط إمضاء الموصي . ومع ذلك فالقانون يعفي الموصي من الإمضاء إذا كان لا يعرف أو منعه مانع من الإمضاء ، لكن تجب زيادة شاهد في هذه الحالة . وأما الأعمى فلا تجوز وصيته السرية .

(2) تسليم الوصية إلى مسجل العقود ، يجب أن يسلمها الموصي نفسه مقفولة مربطة ، وإلا فعل ذلك مسجل العقود أمام الموصي .

ويجب حضور ستة شهود مع مسجل العقود وقت الاستلام ، وحضور سابع إذا لم تكن ممضاة ، ويصرح الموصي بأن هذه وصيته ممضاة منه بخطه أو بخط غيره ، ويكتب مسجل العقود على طرف الوصية أو على ظهرها ملخص ما حصل من تقديمها ، ويمضي الجميع عليها .

القسم الرابع : الشروط العامة للثلاث وصايا .

يجب في جميع الوصايا :

أولًا : وجود مكتوب يفيد الوصية من الأنواع الثلاثة ؛ فالوصية الشفوية لا تجوز ولا تصح . فإن فقدت الوصية المكتوبة أو تمزقت صح إثبات ما فيها بالشهود .

ثانيًا : فتح الوصية المكتوبة والسرية : يجب تقديم الوصية السرية والمكتوبة إلى رئيس محكمة الجهة التابعة لها التركة في حالتها التي توجد عليها يوم الوفاة فيفتحها ويعمل بذلك محضرًا ويسلمها لمسجل العقود لنفاذها ، ويزاد في فتح الوصية السرية إحضار مسجل العقود وشهود الإيداع لتفتح أمامهم .

مشتملات الوصية

التصرفات في الوصية من التخصيص للموصى له ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(1) الوصايا العامة .   (2) الوصايا بعنوان عام .

(3) الوصايا بعنوان خاص .

فالوصية العامة هي تصرف الموصي في أملاكه بإعطاء شخص أو أكثر الحق مستقبلًا في ملكية جميع أملاكه بعد موته .

فالشرط الأساسي في الوصية بعنوان عام أن يكون الحق المستقبل في ملكية جميع الميراث المتروك بعد الوفاة ، فما دام الموصي له الحق في جميع التركة تكون الوصية عامة ، ولا يمنع من أن يكون الموصى لهم متعددين ، أو كان هناك موصى لهم بعنوان خاص .

والوصية بعنوان عام :

هي أن يوصي المتوفى قبل وفاته بجزء معين من تركته كالربع أو الثلث أو النصف طبقًا لما نص عليه قانونًا من جواز التصرف في الزائد ، أو الوصية بالعقار أو المنقول من التركة .

و الوصية الخاصة ، وهي التي عملت لا بعنوان عام ولم تكن عامة .

وأما الوصية بالمنفعة ففيها خلاف ، هل هي وصية عامة أو بعنوان عام ، والراجح أنها وصية خاصة ، والكلام في هذا الباب على ثلاثة فصول :

الأول : الوصية العامة :

أولًا – حقوق الموصى لهم وصية عامة :

للموصى لهم وصية عامة الحقوق الآتية :

(1) يملك الموصى له بوصية عامة الأعيان الموصى بها ملكًا تامًّا بقوة القانون بلا احتياج لشيء آخر ؛ لأن القانون اعتبر الوصية من أسباب الملك .

ومن هذا يتبين أن الموصى له لو عاش بعد وفاة الموصي لحظة ثم توفي ولو قبل قبوله الوصية كان ما أوصى به إليه تركة تورث عنه لورثته كوارث شرعي .

(2) يملك الموصى له بوصية عامة وضعَ اليد ، فيفرق القانون في ملكية الموصى له بوضع اليد بين كونه مع ورثة يحفظ لهم جزءًا من التركة ، ومع ورثة لا يحتفظ لهم بشيء ، ففي الحالة الأولى يضع الورثة أيديهم على جميع التركة وللموصى له طلب ما أوصى به إليه من المورث بواسطة ورثته الواضعي اليد قانونًا على التركة كلها .

وفي الحالة الثانية للموصى له الحق في وضع اليد على التركة بدون احتياج إلى طلب التسليم من الورثة . فإن كانت الوصية رسمية فلا احتياج إلى اتباع أي شكل

كان ، وإن كانت غير رسمية طلب الموصى له من رئيس المحكمة الأمر بتسليمه أعيان الوصية ليضع يده عليها فيصدر قرار بذلك .

(3) تملُّك الموصى له الثمرات . يملك الموصى له الثمرات متى كان له الحق في وضع يده على التركة من غير إذن من يوم استحقاقه الوصية ، وإن كان لا يضع يده إلا بإذن من المحكمة فمن يوم تقديم الطلب لوضع اليد .

ثانيًا : واجبات الموصى له :

يجب على الموصى له عمل ما يأتي :

(1) **واجب دفع الديون** : يجب على الموصى له دفع ديون التركة على الوجه الآتي .

إن كان لا يشارك الموصى له أحد في الميراث دفع الدين جميعه ، وإن كان معه ورثة يحتفظ القانون لهم بجزء من التركة دفع الموصى له من ديون التركة بمقدار الجزء الزائد من التركة . وإن كان معه ورثة لم يحفظ لهم القانون جزءًا من التركة دفع الموصى له بمقدار ما أخذ من التركة ، فإن تعدد الموصى لهم دَفَع كلٌّ حسب ما ناله من الوصية .

وليس لدائني المورث مطالبة الموصى لهم إلا بقدر ما نالهم من تركة المتوفى حسب البيان المذكور في دفع دين التركة إلا إذا كانت عينًا عقارية مرهونة نظير دين وجاءت في حصة الموصى له ، فللراهن الحق في مطالبة من خرجت العين المرهونة في نصيبه بالدين كله ، وهو يرجع على شركائه في التركة .

(2) **واجب دفع تكاليف الوراثة** : يجب على الموصى له دفع مصاريف الدفن والكفن وحصر التركة .. إلخ مما لم يكن المتوفى سببًا في وجوده مباشرة وذلك حسب البيان المذكور في دفع الديون .

(3) **واجب دفع الوصايا** : يجب على الموصى له وصية عامة دفع الوصايا للموصى لهم بها فإن كان الموصى له وصية عامة وارثا حفظ القانون له جزءًا من التركة كان على الموصى له فقط دفع الوصية .

الثاني : الموصى له بعنوان عام :

أولًا : حقوق الموصى له : يملك الموصى له العين الموصى بها ملكا تامًّا بموجب

القانون من وقت فتح التركة مثل الموصى له بوصية عامة .

أما وضع اليد فليس للموصى له بعنوان عام وضعُ اليد ، وله فقط طلب تسليم العين الموصى بها ممن لهم حق وضع اليد قانونًا .

ويملك الثمرات من تاريخ طلبه التسليم أو في السنة الأولى التي تقدم لطلبه فيها .

ثانيًا : واجبات الموصى له بعنوان عام :

يشارك الموصى له بعنوان عام بقية الورثة في دفع ديون التركة حسب ما أصاب الجزء الموصى به من التركة ، وكذا تكاليف الوراثة ، ودفع الوصايا . ولا يجوز رفع الدعوى عليه في ديون التركة إلا بمقدار ما أصاب الجزء الموصى له به .

الثالث : الموصى له بعنوان خاص :

الأشياء التي يصح الإيصاء بها : يمكن الإيصاء بشيء مجسم مؤكد ، أو بشيء له جنس ، أو حق الملكية أو حق عيني كحق منفعة أو ارتفاق . وأما الإيصاء بملك الغير فقد كان جائزًا في القانون الروماني بشرط أن يعرف الموصي وقت الوصية أن الشيء الموصى به ليس مملوكًا . وكان معنى هذا أن على منفذ الوصية شراءَ الشيء الموصى به ثم تسليمه إلى الموصى له ، ولكن ذلك أوجد صعوبة كبيرة في التنفيذ ، لجواز عدم إمكان الحصول على ملك الغير الموصى به لتسليمه للموصى له . ولذلك منعه القانون الفرنسي في المادة 1021 .

الوصية بملك الغير باطلة ويشترط لبطلانها ما يأتي :

(1) أن تكون الوصية واقعة على جسم معين ، لا على شيء له جنس مثلًا كمائة أردب قمح ، وليس في التركة أردب واحد فهذا جائز .

(2) أن يكون الموصي أراد نقل ملكية العين المحددة الموصى بها إلى الموصى له ، فإن لم يرد نقل ملكية العين المحددة بل أراد تحصيلها من الغير إلى الموصى له ، فهذا إيصاء بتكليف بفعل وهو جائز فلا إيصاء بملك الغير .

الوصية بشيء غير قابل القسمة : إذا أوصى المتوفى بشيء معين كان جزءًا من ملكية مشتركة مع الغير فالوصية فيها خلاف في الصحة والبطلان ؛ فهي صحيحة إن وقعت العين الموصى بها في حصة المتوفى عند القسمة مع شركائه ، وإلا فهي

ملغاة ، أو هي صحيحة إطلاقًا . خلاف .

حق الموصى له بوصية خاصة : طبيعة حق الموصى له قد يكون حقَّ ملكية كالوصية بجسم معين أو حق الانتفاع أو السكنى أو الارتفاق أو حقَّ دائنيةٍ كالوصية بشيء له جنس أو بمبلغ من المال ، وحق الموصى له يولد من وقت الميراث أي من وقت وفاة الموصي [1] . ويكفي أن يعيش الموصى له لحظة بعد وفاة الموصي لتكون الوصية ميراثًا لورثة الموصى له .

وليس للموصى له الخاص الحق في وضع يده بل يجب عليه أن يطلب تسليم العين الموصى بها إليه . وليس له الحق في الثمرات إلا من يوم طلب التسليم أو التسليم بالفعل إلا إذا كان في الوصية ذلك ، أو كانت الوصية بمعاش سنوي أو شهري ، أو مدى الحياة فيستحق الفوائد أو الثمار من يوم الوفاة [2] .

بند [54] قواعد خاصة بالوصايا

التشريع الإسلامي : تتكون الوصية من أركانها الأربعة : موصي ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة .

وليس في الوصية أقسام ولا شروط خاصة لكل قسم ، وكما تكون الوصية مكتوبة تكون غير مكتوبة [3] .

غير أنها متى كانت عقارًا وجب أن تكون بإشهاد رسمي ليمكن نقل التكليف وإلا فلا يعارَض بها الغير . على أن الوصية تكون بمحرر وبغير تحرير أمام شهود عدول . وكل ما يمكن أن تشتمل عليه أن تكون الوصية لا تناقض فيها ، وأن يكون الموصى به محددًا معلومًا ، وأن لا يكون الموصي مكرهًا .

ولا يشترط سوى شاهدين وهي شهادة على مال يصح فيها رجلان أو رجل

---

(1) تخرج الوصايا من التركة قبل توزيعها على الورثة . انظر الشرح الصغير (194/4) .

(2) انظر : البنود من 967 إلى 1024 ، في الباب الخامس ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 206 – 214 .

(3) يقول الدردير : « الوصية مندوبة وركنها موص وهو الحر المالك المميز وإن سفيهًا أو كافرًا ، وموصى به ، وهو مالك أو استحق بولاية في قربة غير زائد على ثلثه وموصى له وهو ما صح تملكه » . الشرح الصغير جـ 4 ص 181 بداية المجتهد جـ 2 ص 334 .

وامرأتان [1] ، وإذا كانت مكتوبة بخط المتوفى فلا يشترط التاريخ ، وكل من له مصلحة مباشرة تعود عليه من الوصية لا تصح شهادته ؛ لأنه يكون متهمًا في الشهادة لنفسه .

يجوز للشهود القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي ، ونحن نشهد بأنه أوصى بما انطوت عليه هذه الوصية وإن لم يقرأها عليهم ، ولا فَتَح الكتاب لهم بشرط أن يشهدهم بما في كتاب وصيته أو يقول لهم أنفذوه ، ويشترط أن لا يوجد في الوثيقة محو ولا تغيير وأن يتعرفوا الوثيقة بعينها [2] .

أنواع الوصية : يصح أن تسمى الوصية عامة أو بعنوان عام أو خاص ؛ فإن التقسيم على هذا الوجه لا ضرر فيه . غير أن الوصية العامة فيها خلاف ، والمشهور أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب كان منتظمًا أولا . وقيل : إن بيت المال حائز للأموال الضائعة لا وارث وهو شاذ . وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب لا على القول الأول وهو الصحيح . فالوصية العامة غير جائزة ولبيت المال طلب إلغائها فيما زاد على الثلث [3] إذا لم يكن للمتوفى ورثة . فإن كان له ورثة كانوا أصحاب الحق في الإجازة لهذه الوصية أو في طلب إلغائها فيما زاد على الثلث ويجب على القاضي إجابتهم لذلك .

والوصية بعنوان عام كالوصية بالثلث أو الربع أو الثمن جائزة ونافذة شرعًا [4] فإن زادت عن الثلث كان للورثة الحق في إبطالها وإجازتها فيما زاد ، فتكون ابتداءَ عطية منهم للموصى له ، يتعين فيها القبض والقبول قبل حصول [5] مانع [6] .

---

(1) إن كان المشهود به مالًا ، أو آيلًا للمال فعدل وامرأتان . الشرح الصغير (40/4) .

(2) يقول ابن رشد : [وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة] بداية المجتهد جـ 2 ص 335 الشرح الصغير جـ 4 ص 183 .

(3) قاعدة : الوصية العامة غير جائزة ولبيت المال طلب إلغائها فيما زاد على الثلث .

(4) قاعدة : الوصية بعنوان عام كالوصية بالثلث أو الربع أو الثمن جائزة ونافذة شرعًا .

(5) وبطلت الوصية بزائد الثلث ، وإن أجيز ما أوصى به للزائد على الثلث أي أجازه الورثة ، فابتداء عطية منهم ، لا تنفيذا لوصية الموصي ، فلابد من حيازة الموصى له قبل حصول مانع . الشرح الصغير (179/4) .

(6) قاعدة : الوصية إن زادت عن الثلث كان للورثة الحق في إبطالها وإجازتها فيما زاد ، فتكون ابتداء عطية منهم للموصى له يتعين فيها القبض والقبول قبل حصول مانع .

ومعلوم أن بيت المال وارث ، فلو أوصى من لا وارث له بنصف ما ترك فلبيت المال طلب بطلان الوصية فيما زاد على الثلث وهو السدس ويجاب لذلك .

والوصية الخاصة كالوصية لزيد بمنزل معين أو بدأبة معينة جائزة ونافذة شرعًا [1] بشرط أن تكون قيمة العين الموصى بها تعادل قيمة ثلث التركة أو أقل ، فإن زاد فلا تنفذ إلا فيما يحتمله الثلث من التركة .

حقوق الموصى لهم :

الوصية كالميراث من أسباب الملك بلا فرق بين وصية عامة ووصية بعنوان عام ووصية خاصة ، وقد سبق بيان أن قاعدة (من لا وارث له لا يجوز له أن يوصي بكل ماله لأن بيت المال وارث) [2] ، إذن فيملك الموصى له الوصية بالموت فإن نازع الوارث الموصى له في صحة الوصية أو في قدرها كان قول القضاء هو الفصل بينهما ، وإن لم يحصل نزاع أصلًا سلم الوصي الشيء الموصى به إلى الموصى إليه . ولو مات الموصى له بعد موت الموصي ولو بلحظة ملك الوصية وكانت ميراثًا لورثته ، فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا .

لا علاقة للموصى له بوجود ورثة أو بعدم وجودهم ؛ لأن الوصايا تخرج من ثلث التركة بعد سداد الدين من التركة . وإن تصرف الموصى له في الوصية بعد وفاة الموصي ولو قبل وضع يده عليها فتصرفه صحيح ، واعتبار أحقية الموصى له بوضع اليد أو عدم أحقيته لا تقدم ولا تؤخر عند النزاع في أصل الوصية أو في أن الثلث وسعها فتنفذ أو ضاق عنها فلا ينفذ منها إلا ما وسعه الثلث ؛ فإنه في هذه الحالة لا بد من أن يفصل القضاء .

وعند عدم وجود نزاع فيسلم الوصي الوصية إلى الموصى له .

وتَمَلُّكُ ثمرات الوصية فيه الأحكام الآتية :

أولًا : ثمرات الوصية قبل الوفاة : يملك الموصي ثمرات الوصية قبل وفاته إلى ساعة الوفاة ، وتحتسب من التركة وتقسّم بين الورثة .

---

(1) قاعدة : الوصية الخاصة كالوصية لزيد بمنزل معين أو بدابة معينة جائزة ونافذة شرعًا .

(2) قاعدة : من لا وارث له لا يجوز له أن يوصي بكل ماله ؛ لأن بيت المال وارث .

ثانيًا : ثمرات الوصية بعد الوفاة وقبل تنفيذ الوصية : غلة الموصى به الحادثة بعد الموت قبل القبول قيل : كلها للموصي ، وقيل : كلها للموصى له ، وقيل : له ثلثها فقط ، وسبب هذا الخلاف في الوقت المعتبر لتنفيذ الوصية فقيل : هو وقت قبول الموصى له المعين لها فغلتها للموصي قبل القبول . وقيل : هو وقت الموت فغلتها للموصى له . وقيل : وقت القبول ووقت الموت لأن القبول شرط في تنفيذها والملك بالموت فثلث غلتها للموصى له فقط ، وهذا القول هو المشهور وأعدل الأقوال عند الإمام سحنون .

دفع الديون : قد تقدم بيان دفع ديون التركة في ابتداء شرح ومقارنة الميراث . وحاصله أن يبدأ أولا من التركة بدفع حق تعلق بعين من أعيان التركة كمنزل مرهون أو فدان مرهون فيدفع قيمة الرهن أولًا من كل التركة ، فإن لم يوجد ما يدفع منه قيمة الرهن بيعت العين المرهونة لسداد ما عليها أولًا [1] ، وبعد سداد الحق المتعلق بالعين يخرج كفنه ودفنه بالمعروف (مؤن تجهيزه) ، وبعد دفع مؤن تجهيزه يقضى دينه ، وبعد قضاء الدين تخرج وصاياه من ثلث الباقي ؛ فكل الوصايا لا تكون إلا بعد قضاء الدين ومؤن الكفن والدفن [2] . والحق المتعلق بذات حسب الترتيب السابق فلا يقال بعد هذا يشارك الموصى له الورثة في دفع ديون التركة أو لا يشارك ، لأن الدين يقضى قبل أن ينظر للوصايا ، ولدائني المورث رفع دعواهم ضد الوارث والموصى له إذا استلم الوصية قبل أن يقضى الدين ؛ لأن الدائن أحق من الموصى لهم . فإذا كان لدائني المورث الحق في رفع دعواه لقضاء دينه من التركة ضد الغاصب لأعيان التركة أو واضع اليد أيًا كان سبب وضعه يده على التركة فمن باب أولى ضد الموصى له ، متى تسلم الوصية قبل قضاء حقه من

---

(1) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على مايأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد . وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت عليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون ، ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح ... » انظر المذكرة الإيضاحية ص 391 .

(2) بينت المادة 882 من القانون المدني المصري وجوب قيام المصفي على الفور بالإنفاق من تركة الميت على تجهيزه ومأتمه بما يناسب حاله دون إسراف . وهو ما جاء بالمادة 962 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . والمادة 1093 من التقنين الأردني . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 393 .

التركة كالوارث سواء بسواء ، وقد تقدم شرح ذلك [1] .

فعلم من هذا أن تكاليف الوفاة من كفن ودفن ودفع ديون المتوفى تكون مقدمة على دفع الوصايا فالموصى لهم يتحملون ذلك من التركة قبل أن يصل إلى أيديهم ما أوصى به لهم ، فإن لم يبق شيء بعد الكفن والدفن وقضاء الديون فلا وصية ولا ميراث .

ما يصح الإيصاء به : من شروط صحة الوصية وجود الموصى به ، فإن لم يكن شيئًا موصى به فلا وصية ، ويشترط في الموصى به أن يكون مملوكًا للموصي ، فإذا لم يكن الموصي مالكًا للموصى به أصلًا أو كان مالكًا ملكًا غير تام كمستغرق الذمة كانت الوصية باطلة . فإن أوصى بشيء لم يكن موجودًا في التركة وقت الوفاة كمن أوصى بشاة مثلًا لزيد ولم يكن في التركة غنم وقت الوفاة فله قيمة شاة وسط تعطى له . وقال ابن الحاجب له شاة وسط تشترى له من مال الموصي المعتمد الأول .

والوصية بملك الغير لشخص معين صحيحة إن أمكن تحقيقها وإلا فهي باطلة ، فمن أوصى بشيء معين ملك الغير اشترى بعد الوفاة إن أمكن وقبل صاحبه بيعه وشمله الثلث ، وإن لم يقبل مالكه بطلت الوصية وعاد ميراثًا ، وإن قبل ولم يشمله الثلث خيِّر الوارث بين الإجازة أو أن يخلع ثلث الجميع .

ومن أوصى بشيء له جنس ولم يكن في التركة كتمر أو قمح مثلًا اشترى بعد الوفاة ونفذت الوصية .

فالإيصاء بمشترى ملك الغير المعين للموصى له تكليف للوصي يفعله لتنفيذ الوصية ولا يريد الموصي بذلك إيصاءً بملك الغير(مادام مملوكًا للغير) وإنما أراد تحصيله لمنفعة الموصى له إذا أمكن ، فإن لم يمكن بطلت الوصية وعادت ميراثًا .

---

(1) يقول الدردير : [يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون في دين فيقدم وجوبًا ؛ لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون بالمعروف . فقضاء دينه فوصاياه] . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 بداية المجتهد جـ 2 ص 338 حاشية الرهوني جـ 8 ص 308 وما بعدها . وإنما تقدم تجهيز المتوفى وتكفينه ودفنه على الديون المتعلقة بذمته ، لأنها كالنفقة الضرورية له حال حياته ، فقدمت على ديون الذمة . ومع ذلك فقد جاءت المادة 41 من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 بالعدول عن ذلك وقضت بتقديم تجهيز الميت وتكفينه على الحقوق المتعلقة بأعيان التركة . وهو ما أخذت به المادة 291 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والمادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري .

وكما تصح الوصية بذات تصح بمنفعة وتصح في شيء مفروز كما تصح في شيء مشترك ، ويصبح الموصى له شريكًا بقدر الوصية فمن أوصى لشخص بربع رحى مثلًا ملك الموصى له الوصية وأصبح مالكًا لربع الرحى .

ويملك الموصى له الوصية وقت الوفاة كما يملك الوارث الميراث بالوفاة . والقبول من الموصى له البالغ الرشيد المعين شرط في وجوب الوصية وتنفيذها بعد الموت فلو مات المعين قبل قبوله فوارثه يقوم مقامه .

والقبول والرفض قبل موت الموصى لغو فالملك للموصى له بالموت [1] .

(1) يقول الدردير : من أركان الوصية [وموصى به وهو ملك أو استحق كولاية في قربة غير زائد على ثلثه] الشرح الصغير جـ 4 ص 181 حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 8 ص 225 وما بعدها .
وقد جاء في المادة 24 من قانون الوصية المصري أن الوصية لا تبطل بردها قبل موت الموصي ، وإنما ينتج الرد أثره بعد الموت ، حتى إنه إن ردها كلها بطلت الوصية ، وإن رد البعض وقبل البعض بطلت فيما رده وصحت فيما قبله . وهو ما جاء كذلك في المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي قيدت حق الموصى له في الرد بثلاثين يومًا من تاريخ وفاة الموصي ، فإن لم يردها في هذه الأثناء مع العلم بالموت والتمكن من الرد اعتبر قابلًا .

نتيجة المقارنات من بند 47 إلى نهاية بند 54

يتفق التشريعان فيما يأتي :

الكمية الزائدة والمحفوظة في التركة (في الجملة) - طبيعة الاحتياطي القانونية (في الغالب) حكم مخالفة قواعد الاحتياطي - قواعد خاصة بالهبة (في الجملة)- عدم جواز الرجوع في الهبة - الوصية وأقسامها (في الجملة) - الوصية العامة - الموصى له بعنوان عام .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

تحديد الورثة أصحاب الاحتياطي وتحديد الاحتياطي - احتساب الكمية الزائدة والاحتياطي (في الجملة) - أسباب الرجوع في الهبة (في الجملة) .

بند [55] تنفيذ الوصية

القانون الفرنسي : يجب على من سيذكَر تنفيذ وصية المتوفى :

(1) على الورثة الذين يحوزون الميراث في مجموعه .

(2) على الموصى لهم بوصية عامة أو الموصى لهم بعنوان عام .

(3) بعض الموصى لهم بوصية خاصة متى كلفه الموصي بذلك .

وللموصى له بوصية خاصة رفع دعوى بطلب تسليم ما أوصى به له حسب هذا الترتيب ، فإن تعدد من يجب عليه تنفيذ الوصية طولب كل واحد بما يخصه من التركة .

ضمان تنفيذ الوصية : للموصى له الحق ضمانًا لتنفيذ الوصية في :

(1) طلب فصل أموال التركة عن مال الوارث .

(2) الرهن القانوني على أملاك منفذ الوصية . فإذا وجد أكثر من واحد من مديني الوصية كان للموصى له اتخاذ الرهن القانوني بحقه كاملًا ضد كل واحد منهم بسبب العقارات التي خرجت في حصتهم .

ونتيجة هذا الرهن أن الموصى له يقدم في دفع حقه على دائني الوارث ولكن يفضل عليه دائنو المتوفى حيث لا وصية إلا بعد سداد الدين .

واجبات الموصى له : بسبب مركزه لا يلزمه سداد دين المتوفى ولا تنفيذ وصية إلا إذا حُمِّل بها من المتوفى وكذا إذا كلِّف بعمل واجب من المتوفى .

منفذ الوصية :

منفذ الوصية هو الشخص الذي عينه المتوفى في وصيته للتأكد من تنفيذ إرادته الأخيرة .

صفات المنفذ القانونية : المنفذ للوصية هو وكيل عادي للمتوفى ولكنه يختلف عن الوكيل العادي في أربع نقط :

(1) لا يمكن تعيينه إلا في الوصية .

(2) الوكالة توجد من وقت وفاة الموصي .

(3) عديم الأهلية لا يصح كونه منفذًا للوصية كالمرأة المتزوجة بدون إذن الزوج إلا إذا كانا متفرقين في الأموال فإذن القضاء .

(4) إذا تعدد المنفذون كانوا متضامنين فيما بينهم . وفيما عدا ذلك فالمنفذ كالوكيل العادي خصوصًا إذا مات لا تنتقل الوكالة لورثته .

مهمة المنفذ : تختلف مهمة المنفذ أهمية إذا كان ممنوحًا حق وضع اليد أم لا ، وذلك :

أولًا : حق وضع اليد لمنفذ الوصية مصدره الموصي فيذكر في وصيته صراحة أن للمنفذ حق وضع يده ، فإن لم يجز ذلك صراحة فليس له مطلقًا وضع يده على التركة ولا طلب ذلك ، وحق وضع اليد للمنفذ لا يكون إلا على المنقول فقط ، كلًّا أو بعضًا .

ومدة وضع يده سنة ويوم من تاريخ الوفاة ، وينتهي بمضي المدة المذكورة أو يدفع الوارث مبلغًا يكفي لنفاذ الوصية أو تنفيذها من نفسه هو .

ويجب على منفذ الوصية أن يختم على أعيان التركة،ثم يحصرها بوجود الورثة ، متى كان هناك قاصرا أو عديم الأهلية ، فإن وجد ما يكفي لنفاذ الوصية من النقد نفذها ، وإلا باع المنقول الذي يكفي لذلك ، كما يجوز لمنفذ الوصية بيع العقار لتنفيذها إذا لم يجد غيره .

أعمال منفذ الوصية : قلد القانون منفذ الوصية ثلاثة أشياء :

(1) تسليم الأعيان المنقولة الموصى بها .

(2) ملاحظة تنفيذ شروط الوصية .

(3) الدفاع عن الوصية أمام القضاء ، فيما يرفع لبطلان الوصية،وبعد نهاية مدة وضع يد منفذ الوصية عليه تقديم حساب بما عمل ، وإرجاع ما بقي من المنقول إلى الورثة أو إلى الموصى لهم إيصاء عامًّا .

منفذ الوصية الذي ليس له حق وضع اليد ، عمل المنفذ في هذه الحالة محصور في :

(1) ملاحظة تنفيذ شروط الوصية .

(2) الدفاع عن الوصية في حالة الدعوى بعدم صحتها [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1025 إلى 1034 ، في الفصل السابع ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 229 – 231 .

بند [56] تنفيذ الوصية

التشريع الإسلامي : تقدم أن الوصية تخرج من ثلث مال التركة بعد خصم الدين المتعلق بعين التركة وخصم نفقة الكفن والدفن بالمعروف وسداد الدين الذي لم يتعلق إلا بذمة المتوفى . والباقي ينظر إلى ثلثه فتخرج منه الوصايا أو الوصية . وعلى هذا فإن كانت التركة تحت يد الوارث البالغ الرشيد وجب عليه إخراج الوصية وتنفيذها ، فإن لم يكن وارثًا ، أو كان ولكنه عديم الأهلية لصغر ، أو سفه ، أو جنون ، فيجب على وصيه المعين من المتوفى تنفيذ الوصية ، فإن لم يكن فعلى مقدَّم القاضي المعين وصيًّا [1] ، فإن لم يكن فعلى الحاكم نفسه ، فإن لم يكن فعلى جماعة المسلمين [2] .

وللموصى له بوصية عامة أو بوصية خاصة طلب تسليم ما أوصى به له ممن يملك التصرف في التركة بوجه شرعي . فإن نفذ وأعطاه وصيته فبها وإلا رفع الأمر للقاضي ليحكم له بالتسليم متى ثبتت دعواه ؛ فالموصى له مدع وعليه إثبات أن الوصية وقعت صحيحة مستوفية لشروط صحتها ، فلا يحكم بصحة وصية أو فسادها إلا القاضي .

فإن تعدد من بيدهم أمر التركة ترفَع الدعوى على الجميع كمن أوصى ببقرة معينة لشخص معين وترك وورثته بُلَّغًا رشَّدًا أو قصَّرًا ، وعين وصيًّا على أولاده وطالب الموصى له بالوصية فلم يسلمه أحد ، أو امتنع وصي القصَّر لعدم علمه بأمر هذه الوصية . وبما أن للورثة جميعًا حق في الوصية إذا فسدت يتقاسمها الجميع فترفع الدعوى على البلَّغ بأشخاصهم لأهليتهم للخصومة ، وعلى القصر في مواجهة وصيهم ليخاصم عنهم ، ويطلب فيها الحكم على الأولين شخصيًّا ، وعلى

---

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري وجوب تعيين مصف للتركة إن لم يكن المورث قد عين أحدًا لذلك ، وطلب أحد من ذوي المصلحة في التركة تعيينه . وتقر المحكمة تعيين من أجمع الورثة عليه ، وإلا اختارت من يقوم بذلك من بينهم إن أمكن . أما إذا كان المتوفى قد عين وصيًّا للتركة ليشرف على أداء الحقوق الواجبة فيها طبقًا لما جاء في المادة 878 مدني مصري فإن المحكمة تقر ذلك ، وينطبق عليه ما ينطبق على المصفي من أحكام . ويتفق هذا مع ما جاء في المادتين 1087 ، 1088 من القانون المدني الأردني ، ومع أحكام الفقه الإسلامي وقاعدته القاضية بأن لا تركة إلا بعد الوفاء بالديون .

(2) في بيان ما يخرج من التركة قبل القسمة على الورثة وإخراج الديون والوصايا من ثلث الباقي بعد ما تقدم ، ثم الباقي بعد الوصايا يكون لوارثه انظر الشرح الصغير جـ 4 ص 198 وبداية المجتهد جـ 4 ص 334 وما بعدها وحاشية الرهوني جـ 8 ص 225 وما بعدها .

الأخير بصفته وصيًّا أن يسلموا للموصى له ما يستحقه من وصية .

وليس للموصى له الحق في طلب فصل أموال المتوفى عن أموال الورثة ؛ لأن المالين منفصلان بحكم القانون فهو مفروض دائمًا ، ولا داعي لتحصيل الحاصل ولا رهن قانوني على أملاك الوصي ، ولا على منفذ الوصية . فإن خيف على الوصية المعينة فللموصى له طلب وضعها تحت يد أمين حتى يفصل في التقاضي . وللقاضي أن يجيبه إلى ذلك إذا كان التلف محتملاً ، ولم يكن السداد مؤكدًا . فإن كان التلف محققًا ولا قدرة للموصي على السداد وجب الحكم بوضع الوصية المعينة تحت يد أمين محافظة على أموال الناس من الضياع .

وقد سبق أن الموصى له ينال حقه بعد سداد ديون المتوفى فلا ميراث أصلًا إلا بعد سداد الديون ، ولا وصية أيضًا إلا بعد سداد الديون .

ولا يلزم الموصى له بدفع دين الموصي إلا إذا كلفه بذلك شخصيًّا فيجب عليه أن يقوم بما عهد إليه به .

منفذ الوصية :

قد يعين الموصي شخصًا بذاته ليتولى تنفيذ وصيته فقط فيسمى وصيًّا مختارًا خاصًّا . وقد يعينه وصيًّا مطلقًا على أولاده وتنفيذ وصاياه فهو وصي مختار عام . وقد لا يعين أحدًا فيموت ويترك قصره ووصيته بلا تعيين . فإن كان للقاصر أب فهو وليه متى كان الأب رشيدًا ، فإن لم يكن أقام الحاكم وصيًّا ينظر في شئون القصّر وينفذ الوصية .

ومنفذ الوصية أو الوصي هو الشخص المسلم المكلف العدل فيما وليِّ فيه القادر على القيام بالموصى عليه ، وإن أعمى أو امرأة أجنبية أو زوجة (هذا بين المسلمين) . فشروط الوصي في المسلمين أربعة [1] :

(1) التكليف وهو البلوغ والرشد .

(2) والإسلام .

(3) والعدالة فيما وُلِّي عليه .

---

(1) راجع الشرح الصغير جـ 3 ص 151 ، الكافي لابن عبد البر ص 423 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 334 وما بعدها .

(4) والمقدرة على القيام بالموصى عليه ؛ فمن لا أهلية فيه للتصرفات الشرعية لا يصح أن يكون وصيًا في تنفيذ الوصايا ولا في غير ذلك .

وطروء الفسق والعجز وعدم الأهلية والظلم يعزل الوصي . وطروء الفسق على الأب يعزله عن التصرف في متاع ولده والنظر فيه كما قاله يوسف بن عمر [1] .

وطرو العداوة يعزله كما قال ابن رشد : يعزل الوصي إذا عادى المحجور عليه إذ لا يؤمن عدو على عدوه في شيء من أحواله ، ولكن تصرفه قبل العزل ماض بعد طرو الفسق ، إذا لم يلحق المحجور عليه ضرر ، وإلا نقض عمله وأزيل ما لحق عديم الأهلية من سوء التصرف .

والوصي ليس وكيلًا عن المتوفى في تصرفاته في تركته بعد وفاته ، ولكن يتصرف بما فيه المصلحة لعديم الأهلية وفي تنفيذ وصايا المتوفى ، ويمكن تعيينه في غير الوصية كما يمكن عدم تعيينه من المتوفى وإنما يعينه الحاكم . وليس له حق التصرف حال حياة المورث إلا إذا كان وكيلًا عنه . ولا يجوز تعيين عديم الأهلية وصيًا ، ولا منفذًا للتركة . والمرأة ليست عديمة الأهلية متزوجة أو غير متزوجة ؛ لأن الزواج لا علاقة له بالأهلية ولا بعدمها .

فإن لحق الزوج مضرة أو معرة في جعل زوجته وصية منفذة للوصية فله منعها ، محافظة على حقوقه كزوج [2] لا لعدم أهلية الزوجة لذلك .

وللموصي أن يوكل من يشاء في تنفيذ وصيته واحدًا أو متعددًا ، فإن أوصى لاثنين بلفظ واحد كجعلتكما وصيين أو بلفظين وزمن واحد ، أو زمنين من غير تقييد باجتماع أو انفراد حمل ذلك منه على قصد التعاون ؛ فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح ، أو غير ذلك إلا بتوكيل منه .

فإن تصرف دونه بالإنكاح فهو فاسد ، وفي البيع والشراء يُرفع الأمر للحاكم ليرى وجه المصلحة فيقرها وإلا أبطل التصرف . فإن قيد الموصي في وصيته بلفظ أو قرينة باجتماعهما في التصرف أو انفراد كل واحد منهما عمل بذلك ، فإن حمل على التعاون وحصل منهما تفريط ضمن كل واحد ما تلف مما بيده أو بيد صاحبه .

---

(1) هو أبو الحجاج يوسف بن عمر الأنفاس كان أحد فقهاء فاس . أخذ عن عبد الرحمن بن عفان الجزولي وغيره وعنه : ابنه أبو الربيع سليمان . قال الشيخ زروق وكانت شهرته وابنه المذكور بالصلاح لشهرتهما بالعلم . توفي سنة 761 وعمره مائة سنة . شجرة النور الزكية ص 233 رقم 836 .

(2) في الأصل : [كزوجة] .

فإذا مات الوصي المنفذ أو الوصي غير المنفذ فلا ينتقل حق الوصاية إلى ورثة الوصي . والأمر لوصي الوصي إذا أذن له الموصي في إقامته بعده أو للحاكم .

مهمة منفذ الوصية :

تختلف مهمة الوصي تبعًا لنص التعيين الصادر من الموصي ، فإن كانت الوصاية مقيدة بنوع خاص من التصرفات عُمل به ، وإن كانت مطلقة كان للوصي حق التصرف في كل شيء من التركة .

وللوصي الحق أصالة في وضع اليد على أعيان التركة . وللموصي أن يقيد هذا الحق كما يشاء . على أنه لا يجوز للوصي أن يبيع التركة أو شيئًا منها لقضاء دين أو تنفيذ وصية إلا بحضرة الوارث الكبير ، فإن غاب الكبير أو أبى نظر الحاكم لأن للكبير الحق في كل التركة بمقدار نصيبه . وليس الوصي وكيلًا عن هذا الوارث الكبير ؛ فلا يجوز له التصرف في حقه بدون وجوده أو مراقبة الحاكم الوكيل عمن لا وكيل له . وإن قسم الوصي على غائب بلا حاكم نقضت . وحق وضع اليد للوصي المنفذ يكون على المنقول والعقار . وعلى الوصي أن يحصر التركة ، متى كان هناك قاصرًا ، أو وصايا يجب إخراجها لمعرفة قيمة التركة ، ولا تحديد لوضع يده مادام وصيًا .

فإن كانت الوصية غير معينة كمبلغ من المال أو أرادب من قمح مثلًا للفقراء ، وكان في التركة نقدًا نفذ الوصي الوصية بدفع المبلغ المعين مما وجد أو بشراء القمح ، فإن لم يكن في التركة نقد باع الوصي منقولًا من التركة منفردًا إذا لم يكن في الورثة بالغ أو بحضور البالغ أو الحاكم عنه لينفذ الوصية ، فإن لم يكن منقولًا باع عقارًا بشروط بيع عقار عديم الأهلية السابق شرحها .

أعمال منفذ الوصية :

يجب على الوصي منفذ الوصية تسليم الوصية للموصى له ومراعاة شروط الموصي حسب ما أوصى ، ويكون الوصي خصمًا فيما يُرْفع من القضايا خاصًا بالوصية ، بل وخاصًا بالتركة إذا كان وصيًا عامًا .

وبعد نهاية وصايته بتنفيذ الوصية أو ببلوغ القاصر متى كان وصيًا عامًا عليه أن يقدم حسابه عن إيراده ومنصرفه وما عَمِلَه مدة وصايته . وعليه إرجاع وتسليم ما

تحت يده من التركة عقارًا أو منقولًا إلى من يستحقها .

بند [57] بطلان الوصية وإلغاؤها وبطلان عملها

القانون الفرنسي : يتفق بطلان الوصية وإلغاؤها وبطلان عملها في شيئين :

(1) النتيجة في الجميع واحدة وهو عدم وجود أثر للوصية .

(2) يمكن تأثير البطلان أو الإلغاء أو بطلان العمل على جميع أجزائها ويمكن أن ينصب ذلك على بعض محتوياتها .

ويختلف بطلان الوصية عن إلغائها وبطلان عملها في أن بطلان الوصية يرجع إلى نقص في شروط الشكل أو في شروط الموضوع ، فلا توجد الوصية . ولكن الإلغاء وبطلان العمل يفترضان وجود وصية صحيحة ، ولكنها لا تثمر ثمرتها المرجوة لأسباب وظروف خاصة تحدث بعد وجودها . ودعوى بطلان الوصية تبقى ثلاثين عامًا .

أولًا : إلغاء الوصية : إلغاء الوصية يجوز أن يكون اختياريًا وأن يكون قضائيًا . فالإلغاء القضائي هو عمل به يسترد الموصي منفعة وصية عملها في وصية سابقة .

والإلغاء قد يكون صراحة وقد يكون ضمنًا . فالإلغاء الصريح هو ما كان بعمل مستقل ينص فيه على إلغاء الوصية . وقد يكون أمام مسجل العقود ، كما يكون في نفس إشهاد الوصية ، وقد تكون الوصية الملغاة مسجلة رسمية . والإلغاء في وصية بخط الموصي وإمضائه . والإلغاء الضمني وهو الناتج عن عمل الموصي المتضمن إرادته غير الظاهرة في الرجوع في عطاياه التي اشتملت عليها وصيته السابقة كأن أوصى وصية لاحقة ، أو ملَّك الشيء الموصى به ، أو أزال العين الموصى بها كمنزل مثلًا فهدمه .

فالإلغاء بالوصية اللاحقة يجب أن تتعارض شروط ونصوص هذه الوصية مع الوصية الأولى ؛ فتلغى الأولى . وتمليك العين الموصى بها كلًّا أو بعضًا يلغي الوصية السابقة .

الإلغاء القضائي : وهو حرمان الموصى له من الوصية الذي صدر به حكم قضائي في بعض الأحوال . وأسباب الإلغاء القضائي هي [1] عدم تنفيذ الوصية ونكران الجميل من الموصى له .

أولًا : عدم تنفيذ الوصية : تطبق قواعد إلغاء الهبة عند عدم تنفيذها على الوصية

---

(1) في الأصل : [هو] .

عند عدم تنفيذها .

ثانيًا : كفران النعمة : تلغَى الوصية لسبب كفران النعمة من :

(1) التعدي على حياة الموصي .

(2) سوء معاملة الموصى له للموصي أو ارتكاب جنحة معه أو سبه سبًا فاحشًا . ولتطبيق قواعد هذين السببين يرجع إلى تطبيقها في الهبة بلا فارق بينهما .

(3) إساءة سمعة المتوفَّى الموصِي بعد وفاته .

وشروط الدعوى ونتائجها هي نفس شروطها ونتائجها في الهبة .

بطلان عمل الوصية : هو أن لا تنتج الوصية نتائجها التي عُملت لأجلها ، لحصول بعض أسباب محدودة خارجة عن إرادة المتوفى وعن حكم القضاء .

وأسباب بطلان عمل الوصية :

(1) وفاة الموصى له ، لأن الوصية شخصية لوحظ فيها شخص الموصى له ؛ فإن مات قبل وفاة الموصى بطل عمل الوصية .

(2) عدم تحقق الشروط المترتبة عليها [1] الوصية فيبطل عملها .

(3) وفاة الموصى له قبل تحقق شرط الوصية ، فإن كان شرطًا معلقًا اعتُبرت الوصية ميراثًا لورثة الموصى له ، تنتقل إليهم ما دامت هذه إرادة الموصي .

(4) ضياع الأعيان الموصى بها بقوة قاهرة سواء بعد وفاة الموصي أو حال حياته ، فإن طالب الموصى له بالوصية بعد وفاة الموصي ، وتلفت العين بها بيد الوارث ضمن .

(5) عدم أهلية الموصى له ، أو رفضه للوصية يبطل عملها .

النتائج المترتبة على هذا :

القاعدة الأساسية أن عدم إعطاء الوصية نتائجها المنتظرة منها يغتنمها منفذ الوصية ، وبطريق الاستثناء يغتنمها بقية الموصى لهم متى كان هناك طريق للجمع .

ونظرية الجمع أن يكون الموصى له اثنين دُعِيَا لأخذ الوصية ، وكانت معينة فأحدهما مُنع قانونًا من حيازة العين الموصى بها فيضم نصيبه إلى الثاني الموصى له ،

---

(1) في الأصل : [عليه] .

ويكون الجمع في حالتين :

(1) عندما تكون الوصية بنفس الشيء في جملة واحدة إلى شخصين مختلفين بدون تعيين النصيب سواء أكان الشيء قابلًا للقسمة أم لا .

(2) عندما تكون الوصية بنفس الشيء الموصى به في جملتين مختلفتين إلى شخصين موصى لهما بشرط أن يكون الشيء الموصى به غير قابل للقسمة بدون تلف [1] .

بند [58] بطلان الوصية وإلغاؤها

التشريع الإسلامي : يقال في الاصطلاح الفقهي : هذا العمل باطل يعني لم يقع صحيحًا لتخلف ركن من أركانه ، ويقال : هذا العمل غير صحيح يعنى فقد شرطًا من شروط صحته ، فمثلًا يقال [2] لمن أوصى بملك غيره المعين الذي لا يملكه [3] كعين موقوفة مثلًا إن الوصية باطلة ، ولمن أوصى لوارث إن الوصية باطلة ؛ لأن الأولى فقدت العين الموصى بها ، والثانية فقدت الموصى إليه . ولكن يقال : إن ما زاد عن ثلث التركة في الوصية موقوف على إجازة الورثة ، فالوصية فيه غير صحيحة إلا إذا أجازها الورثة [4] .

وعلى العموم فالمراد بالوصية الباطلة أو الغير صحيحة معنى واحد ، وهو عدم ترتيب آثارها عليها .

ودعوى بطلان الوصية تكون من الوارث الذي يدعي البطلان في الوصية أو ممن

---

(1) انظر : البنود من 1081 إلى 1090 ، في الباب الثامن ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 241 – 243 .

(2) ساقطة من الأصل .

(3) في الأصل : [يتملك] .

(4) أما الموصى له ، فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » ، واختلفوا إذا أجازها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزني لا تجوز (بداية المجتهد 495/2 ، 496) . وفي الشرح الصغير « إذا أجازها الورثة فهي ابتداء عطية منهم لا تنفيذ لوصية الموصي ، وكذلك ما زاد عن ثلث التركة » . الشرح الصغير (179/4) .

وقد تقدمت الإشارة إلى أخذ بعض القوانين العربية بتصحيح الوصية للوارث ؛ ففي المادة 37 من قانون الوصية المصري النص على أنه : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة » . وخالف في ذلك كل من قانون الأحوال الشخصية السوري والكويتي ، فقد نصت المادة 238 من السوري على أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإذن الورثة ، وهو ما نصت عليه المادة 247 من نظيره الكويتي . وقد خرج قانون الوصية المصري على ما أخذ به فقهاء الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، واستند كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة بعبارة موجزة « لحاجة الناس » للوصية للوارث .

يعود عليه نفع هذه الوصية كوارث أو مداين للمتوفى ، وتسري مدة رفع دعوى البطلان في الوصية كما تسري في الهبة .

وإلغاء الوصية قد يكون اختياريًّا بعمل نفس الموصي ، فتبطل الوصية برجوع فيها من الموصي وإن بمرض لأنها من العقود الجائزة إجماعًا ، فيجوز له الرجوع فيها ما دام حيًّا ، والرجوع يكون بالقول الصريح أو الضمني أو بالفعل كبيع العين الموصى بها [1] .

وإذا بنى الموصي بالعين الموصى بها دارًا أو حمامًا فلا تبطل الوصية واشترك الموصي الباني والموصى له ، هذا بقيمة بنائه قائمًا ، وهذا بقيمة عرصته . وما زاده من العقار وجعله متصلًا بالدار التي أوصى بها لا يدخل بالأولى إلا بوصية جديدة ، وأما الزينة والزخرف للموصى به فهو للموصى له .

وصحت الوصية من مقتول إلى قاتل له علم الموصي بالسبب . وإن لم يعلم فقولان [2] بالصحة وعدمها . وإن طرأ القتل بعد الوصية ولم يغيرها فهي باطلة قطعًا ؛ لأن الوصية من قبيل الميراث فتبطل بطروٌ القتل . ولا تبطل بسوء معاملة الموصى له للموصي أو ارتكاب جنحة معه أو سبه سبًّا فاحشًا ؛ لأن الموصي في هذه الحالة يمكنه إلغاء الوصية ، كما لا تبطل الوصية بإساءة سمعة المتوفى بعد وفاته .

وإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا . وإن علق وصيته على موته في مرضه أو في سفره فلم يمت في مرضه أو سفره الذي عينه فإن الوصية باطلة ؛ لأنه علقها بالموت وهو لم يمت . وإن مات الموصي على هذه الحال من السفر أو المرض قبل موت الموصى له وقَبِل الموصى له الوصية فقد

---

(1) تبطل الوصية برجوع الموصي فيها سواء وقع منه الإيصاء في صحته ، أو مرضه ، وإن كان الرجوع بمرض . الشرح الصغير (79/4) .

(2) بينت المادة 17 من قانون الوصية المصري الحكم ببطلان الوصية للقاتل العامد ، سواء أكان القاتل فاعلًا أصليًّا أو شريكًا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلًا بالغًا من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي . وهو ما بينته المادة 223 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 227 من نظيره الكويتي . ولا فرق في ذلك بين أن ينشئ الموصي الوصية قبل ارتكاب الموصى له الفعل المتسبب في القتل وقبل علم الموصي بارتكاب الموصى له السبب المؤدي إلى القتل أو بعد ذلك ، وكذا لو أجازها الورثة أم لم يجيزوها سواء كانوا في عيال المقتول أو لم يكونوا في عياله على الخلاف الفقهي في ذلك . انظر بداية المجتهد 496/2 .

ملكها فإن تأخر تنفيذها إلى موت الموصى له فهي حق لورثته .

فلو أوصى على شرط يقوم به الموصى له فلم يفعل ترد منه الوصية كمن أوصى لأم ولده بوصية على أن لا تتزوج فتوفي ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذته .

ملك الموصى به ينتقل للموصى إليه بوفاة الموصي [1] . ومتى قبل الموصى له الوصية فقد ملكها ووجب تنفيذها بمعرفة الوصي المختار أو الوصي المعين أو الحاكم . فإن كانت الوصية عينًا بذاتها وجب تسليمها بذاتها . فإن هلكت أو تلفت ؛ فإن كان هلاكها أو تلفها بعد الطلب اعتبر منفذ الوصية غاصبًا ، فهو ضامن قيمة ذلك يوم الاستحقاق وهو يوم الوفاة . فإن كان تأخير تسليم الوصية للموصى له بنية سيئة كمضي مدة بعد الوفاة يمكن للوصي فيها معرفة الوصية وظهورها وظروفها والاعتقاد بصحتها من كل وجه ، ثم سَوَّف في التسليم بعد القبول من الموصى له فهو ضامن قطعًا أيضًا ولو لم يطلبها الموصى له .

فإن هلكت أو تلفت وكانت عينًا من المقومات بدون تسبب من أحد في ذلك فلا ضمان على أحد . ومن باب أولى إذا كان ذلك بقوة قاهرة بعد وفاة الموصي . وأما هلاكها قبل موت الموصي فهو مبطل للوصية سواء من الموصي أو من غيره ؛ لأن الموصى له لم يتعلق حقه بالوصية قبل الوفاة .

أما إن كانت الوصية شيئًا في الذمة أو له مثلٌ فهلاكها لا يبطلها ، ويجب دفع مثلها للموصى له .

فإن أوصى المتوفى لوارث فيقال : إن الموصى له ليس أهلًا لتملك الوصية ؛ لأن الوصية للوارث باطلة على مذاهب أهل السنة .

وقبول الموصى له البالغ الرشيد المعين شرط في وجوبها وتنفيذها بعد الموت فالقبول والرفض قبل الموت لغو فالملك للموصى له بالموت [2] .

---

(1) قاعدة : ملك الموصى به ينتقل للموصى إليه بوفاة الموصي .

(2) تبطل الوصية طبقًا لما جاء في المادة 14 من قانون الوصية المصري « إذا مات الموصى له قبل موت الموصي » ، علم الموصي بموته أو لم يعلم ، وهو ما جاء في المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 226 من نظيره الكويتي . وإنما تبطل الوصية بموت الموصى له حال حياة الموصي ، لأنه يملك الوصية بوفاة الموصي وقبوله الوصية ، وهو في ذلك الوقت غير أهل للقبول أو الملك .

نتائج بطلان الوصية :

القاعدة الأساسية أن الوصية متى بطلت عادت الملكية للموصي فيتلقاها عنه ورثته ، فتكون تركة وتجري عليها أحكام التركة [1] السابقة في الحقوق ؛ فيقدَّم الحق المتعلق بالعين ثم الكفن والدفن ثم الدين ثم الوصية من الثلث ثم الباقي للورثة

فإن كانت الوصية بشيء معيَّن لشخصين بلفظ واحد أو بلفظين كمنزلي هذا وصية لزيد وعمر فهما شريكان في الوصية . فإن بطل نصيب أحدهما كوصية عاد للورثة من التركة يعني تكون الوصية شركة مناصفة بين الموصى له والورثة .

فإن كان الشيء الموصى به غير قابل للقسمة قُوِّم بينهما ، وللموصى له أخذه متى قام بدفع قيمة نصيب الورثة .

بند [59] انفراد بعض عطايا خاصة

القانون الفرنسي :

الأول : هبة في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وهي الهبة التي يشتمل عليها عقد ترتيب أموال الزوجية ، أو هي الهبة التي عُملت لمصلحة الزواج واشتمل عليها العقد المذكور .

وقد أعفى القانون الهبة التي تحصل بسبب الزواج في عقد ترتيب أموال الزوجين من بعض شروط الهبة العامة لتسهيل الزواج . والهبة في هذا المعنى قسمان :

(1) الهبة التي منحها أحد الزوجين للزوج الآخر .

(2) الهبة التي منحها ثالث (كأب وأم أو أي شخص آخر) إلى أحد الزوجين .

قواعد عامة إلى نوعي الهبة المذكورين : منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالموضوع .

شروط الشكل : لا يشترط وجود مسجلي عقود وقت تحرير عقد الهبة الرسمي وتلاوته وشهود أربعة وقت إمضائه كما سبق ذلك في الهبة ؛ فلا يشترط في الهبة شيء من هذا . فقط يجب تحقق شروط عقد ترتيب أموال الزوجين ، ولا يشترط قبول هذه الهبة صراحة ، بل يصح قبولها على أي شكل حتى ولو ضمنًا .

شروط الموضوع : لأجل أن تثمر هبة الزواج يجب أن يتم الزواج ، فإذا تمت

---

(1) قاعدة : الوصية متى بطلت عادت الملكية للموصي فيتلقاها عنه ورثته فتكون تركة وتجري عليها أحكام التركة .

الهبة ولم يتم الزواج بطل عمل الهبة ؛ لأنها وهبت لغرض خاص ولم يتم .

الهبة التي تعمل في عقد ترتيب أموال الزوجين لا ينطبق عليها قاعدة (هبة وحفظ ورجوع لا تصح) فتصح الهبة في المواضع الآتية :

(1) هبة الأملاك المستقبلة تصح .

(2) الهبة مع الشرط للواهب .

(3) الهبة بشرط دفع ديون الواهب .

(4) الهبة بشرط جواز التصرف في بعض الأعيان الموهوبة .

الفرق بين نوعي الهبة المذكورين : ينى الفرق بين الهبتين على أن الهبة من أحد الزوجين للآخر مقصود بها شخص الموهوب له ، فلا ينظر فيها للأولاد الناتجين عن الزواج ، ولكن الهبة إلى الزوجين أو أحدهما من الغير ملحوظ فيها أنها للعائلة فلا ينظر فيها إلى شخص الموهوب له .

وفي هبة الأملاك المستقبلة من الغير للزوجين يحل أولادهما محلهما إذا ماتا قبل الواهب لتملك الهبة بعد وفاة الواهب . ولكن في هبة أحد الزوجين للآخر لا تجوز هبة الأملاك المستقبلة . وفي هبة الغير للزوجين لا يجوز إلغاء الهبة لسبب كفران النعمة ؛ لأن هذا حكم بالحرمان على غير آثم ، وهم الأولاد ، إذا جحد أبوهم النعمة ؛ لأن هذه الهبة ملحوظ فيها العائلة . بخلاف الهبة من أحد الزوجين للآخر فهي خاضعة للإلغاء لجَحْد النعمة ، وليس ملحوظًا فيها مصلحة العائلة .

وفي هبة أحد الزوجين للآخر لا يجوز الرجوع فيها بسبب جناية ، ولا لوجود وارث للواهب بعد الهبة ، بخلاف هبة الغير للزوجين فتلغى بوجود وارث للواهب .

الهبات التي يمكن أن يشتمل عليها عقد ترتيب أموال الزوجين ترجع إلى ثلاثة أنواع ، سواء أكانت من الغير أم من أحد الزوجين للآخر :

النوع الأول : هبة الأملاك الحاضرة ، فإذا حصلت الهبة على هذا الوجه انتقلت الملكية في الحال إلى الموهوب له . بمعنى أنه لا يجوز للواهب أن يتصرف في الهبة بأي نوع من أنواع التصرفات لا بمقابل ولا بغير مقابل .

ولا يشترط في الهبة أن تكون لمن سيولد من الأولاد على تفصيل يأتي .

النوع الثاني : هبة الأملاك المستقبلة ، وهي التي تكون للأملاك التي يتركها

الواهب عند وفاته ، ويقع هذا في جميع أملاك الواهب التي يتركها عند وفاته أو بعضها أو مبلغ محدود من المال .

والواجب اعتبار وقتين لتحديد نتائج مثل هذه الهبة .

1 - الهبة وقت حياة الواهب لأملاكه المستقبلة : لا تنتج الهبة أي فائدة ولا ملكية للموهوب له . ولا يستحق عليه أي حق أيًّا كان سوى حقًّا مستقبلًا ، ولكن لا يبيح له اتخاذ طرق تحفُّظية أو احتياطية ضد الواهب . فقط يمنع الواهب من التصرف بلا مقابل ، كالهبة والوصية فيما تشمله الهبة من الأملاك ؛ فيجوز له البيع والمبادلة ، وله التصرف في الثمن كما يشاء .

2 - الهبة بعد وفاة الواهب : في هذه الحالة يصبح الموهوب له كالموصَى له وصية عامة فله القبول المطلق ، وله القبول بشرط الحصر ، وله الرفض .

ويملك الموهوب له أعيان الهبة بالقانون من تاريخ وفاة الواهب . وليس له وضع اليد إلا كما يضعها الموصى له وصية عامة فيطلب الأمر بتسليم الوصية له .

ويجب على الموهوب له دفع دين الواهب مثل ما يجب على الموصى له وصية عامة .

النوع الثالث : هبة الأملاك الحاضرة والمستقبلة : هو عقد الهبة الذي يعطي الموهوب له حق الخيار في أخذ أموال الواهب الحاضرة مع دفع ديونه الحاضرة وقت الهبة ، أو أخذ ما يتركه الواهب من أملاكه وقت وفاته . فإن قبل الأملاك الحاضرة نفذت الهبة فيها . وإن قبل الأملاك بعد الوفاة طُبِّقت قواعد هبة الأملاك المستقبلة التي مرت .

ويشترط لصحة هذه الهبة أن يرافقها كشف به بيان ديون الواهب الحاضرة وقت الهبة ليحُفْظَ مع نفس الهبة .

وحق الاختيار يبدأ من تاريخ وفاة الواهب ؛ فإن قبل الأملاك بعد الوفاة طبقت القواعد السابقة الخاصة بها . وإن قبل الأملاك الحاضرة اعتبر مالكًا من تاريخ الهبة . وكل تصرف صدر من الواهب بمقابل أو بدون مقابل يعتبر مُلْغىً بعد إشهاد الهبة . وكذلك الحقوق العينية لا تعارض حقوق الموهوب له مطلقًا فهي ملغاة بالنسبة له ، بشرط أن تكون الهبة سجِّلت في سجل حفظ الرهونات في تاريخ حصولها بالنسبة للعقار الموهوب .

وتفضل طريقة الهبة المزدوجة (الأملاك الحاضرة والمستقبلة) على هبة الأملاك

المستقبلة بالآتي :

(1) أنها تضع الموهوب له في مأمن من تصرفات الواهب نظير عوض قبل وفاته ، وبعد الهبة في أملاكه الموهوبة .

(2) لا يدفع الموهوب له إلا الدين المتعاقد عليه الواهب قبل الهبة فقط .

وعد المساواة :

وهو أن يتعهد أب أو أم في عقد زواج أحد أولادهما بعدم تفضيل البعض الآخر من أولادهما عليه ، بترك نصيبه في الميراث معادلًا نصيب أولاده الآخرين .

ونتيجة هذا الشرط عدم جواز تصرف أحد الأبوين المتعهد بالمساواة في الجزء الزائد قانونًا في التركة لأحد أولادهما دون صاحب الشرط [1] .

بند [60] بعض عطايا خاصة

التشريع الإسلامي : الهبة في عقد ترتيب أموال الزوجين : ليس في التشريع الإسلامي عقد ترتيب أموال الزوجين ؛ لأن الزواج مبني على الانفصال التام في الأموال فلا شركة بين الزوجين إطلاقًا لا في مال الزوج ولا في مال الزوجة ، وكلاهما مطلق الحرية في التصرف فيما يملك متى كان بالغًا رشيدًا عاقلًا .

وأما الهبة التي تحصل بمناسبة الزواج من الزوج أو من شخص أجنبي أو أقارب الزوج أو الزوجة ففيها التفصيل الآتي :

أولًا : ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه أو والد الزوجة لابنته في عقد نكاحها ، ويسمى في الاصطلاح الفقهي (النِّحْلة) وينعقد النكاح على ذلك .

فإذا وقع ذلك فهي لازمة للناحل (المعطي) في ماله وذمته يؤخذ بها في حياته وبعد موته لا يبرئه منها إلا الأداء ، ولا يشترط فيها شروط الهبة العادية . فإن مات الواهب (الناحل) قبل أن تُحاز النحلة فالهبة صحيحة نافذة على القول المختار . وإن ماتت المنحولة فمن حق الزوج ميراثه في النحلة ، وكأن المشرع اعتبر هذه الهبة (النحلة) في مقابل البضع من الزوج أو أقاربه إذا أعطيت للزوجة ، واعتبرها مراعى

(1) انظر : البنود من 1081 إلى 1090 ، في الباب الثامن الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 241 - 243 .

فيها مناسبة الزواج فهي للعائلة ، وتمليكها للزوجة إذا جاءت من أقاربها . ولهذا الاعتبار العائلي والاجتماعي منع الأب والأم من اعتصار هذه الهبة التي وُهبت للولد . (ونكح الولد أو داين للهبة) أي كان الموهوب له ولدًا أو بنتًا وتزوجا وكان لمال الهدية دخل في الزواج .

ثانيًا : ما يعطيه الزوج لزوجته بمناسبة الزواج : فإن كان العطاء قبل العقد والدخول فحكمه كالمهر سواء بسواء ؛ فلا يسقط عن الزوج بموت الزوجة ولا بموته هو ولا بفلسه . وإن كان العطاء بعد العقد فإنه يسقط عن الزوج بموته وفلسه قبل قبض الزوجة وقبل الدخول بها . فإن دخل عليها استحقته . وموت الزوجة قبل البناء لا يسقط المزيد بعد العقد . وتشطر المهر وما زاد عليه بعد العقد إن حصل الطلاق قبل الدخول [1] ، وملكته كله بوطء أو موت أحدهما أو إقامة سنة عند زوجها البالغ وهي مطيقة . ولا يشترط في هذه الهبة أي شرط خاص غير الشروط العامة .

والقبول كما يكون صراحة يكون ضمنًا [2] .

ويجري حكم الصداق على الهبة الطارئة عليه قبل العقد كما سبق .

وتصح هبة الأملاك المستقبلة [3] ؛ فقد نص المشرعون على أنه لو شرط المتعاقدان الربح لغيرهما جاز [4] . فإن كان المشترط له معينًا لزمهما الوفاء بما تبرعا به ويقضَى عليهما به إن امتنعا . وإن اشترطا ثلث الربح للمساكين جاز كهبة أيضًا ولا يقضَى عليهما به . ولو قال لآخر : لك نصف ما أربح من هذه السلعة مثلًا لزمه ، ويُقضَى عليه بذلك ما لم يفلس أو يمت .

وصحت الهبة مع شرط الواهب إلغاء هبته ، أو مع دفع دين محدد أقل من الهبة

---

(1) للمرأة نصف المهر ، إذا طلقت قبل الدخول ، وكان النكاح صحيحًا . انظر : بداية المجتهد (34/2) .

(2) يقول الدردير [والصداق ويسمى مهرًا وهو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها والاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد] . الشرح الصغير جـ 2 ص 97 ، وهذا مذهب المالكية ، والأحناف على وجوب مهر المثل مع تصحيح العقد كما مر .

(3) جاءت المادة 492 من القانون المدني مصري ببطلان هبة الأموال المستقبلة واشتراط وجود الشيء الموهوب وقت الهبة ، وهو ما أخذت به المادة 464 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 563 مدني أردني والفقرة الأولى من المادة 609 مدني عراقي التي نصت على أنه : « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معينًا مملوكًا للواهب » . وهذا هو ما نصت عليه المادة 856 من مجلة الأحكام العدلية .

(4) قاعدة : إذا شرط المتعاقدان الربح لغيرهما جاز .

وإلا انتفت الهبة . فإن كان التنفيذ حال حياة الواهب فهي وكالة ، وإن كان بعد وفاته فهي وصاية مختارة . وصحت الهبة بشرط تصرف الواهب في أعيان الهبة كلًّا أو بعضًا ، بل وبشرط أن لا يبيع أو يهب الموهوب له إلا لمن يجيزه الواهب فقد نص الفقهاء على أن من وهب لرجل هبة أو تصدق عليه على أن لا يبيع ولا يهب إلا لمن يجيزه فالهبة جائزة [1] ومثلها الصدقة . وقيل : لا يجوز إلا بإذن الواهب ، وقيل : إن الصدقة والهبة تبقيان بيد المتصدَّق عليه كالوقف لا يبيع ولا يهب حتى يموت . فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث ، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب .

وكل هذه الهبات جائزة بين الزوجين وللزوجين ولغير الزوجين ، بدون فرق بين الهبات بين الزوجين ولغير الزوجين .

ولا يجوز الرجوع في الهبة بين الزوجين كما لا يجوز بين غير الزوجين إلا إذا كان ذلك مشروطًا [2] في نفس الهبة أو كان أبًا أو أمًّا كما سبق الكلام فيه في أحكام الرجوع في الهبة .

وأما هبة الأملاك الحاضرة فهي جائزة للزوجين ولغيرهما ، ويملك الموهوب له الهبة بمجرد العقد . وعلى الواهب تسليم الموهوب له ما وهب له ، وإلا أُكرِه على التسليم والحيازة لأن الحيازة شرط في تمامها [3] .

فإن باع الواهب قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في طلب الحوز فلا تبطل ، ويُخيَّر الموهوب له في رد البيع وإجازته ، وأخذ الثمن ، وإلا فالثمن قيل للواهب وقيل للموهوب له [4] . وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه . وإن علم الموهوب له بالبيع وفرط في حوزها مضى البيع وله الثمن . وقيل الثمن للواهب .

---

(1) قاعدة : من وهب لرجل هبة أو تصدق عليه على أن لا يبيع ولا يهب إلا لمن يجيزه فالهبة جائزة .

(2) قاعدة : لا يجوز الرجوع في الهبة بين الزوجين كما لا يجوز بين غير الزوجين إلا إذا كان ذلك مشروطًا . وقد تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 500 مدني مصري وما يقابلها من مواد تناولت أحكام الرجوع في الهبة .

(3) قاعدة : هبة الأملاك الحاضرة جائزة للزوجين ولغيرهما ويملك الموهوب له الهبة بمجرد العقد وعلى الواهب تسليم الموهوب له ما وهب له ، وإلا أكره على التسليم والحيازة لأن الحيازة شرط في تمامها .

(4) لا تبطل الهبة ببيع من واهبها قبل علم الموهوب له بالهبة ، وكذا بعد علمه ، ولم يفرط في حوزها . وإذا لم تبطل خير الموهوب له في رد البيع ، وفي إجازته ، وأخذ الثمن ، وإن باعها واهبها بعد علم الموهوب له ، وفرط في حوزها مضى البيع . وإذا مضى فللموهوب له الثمن ، وقيل : للواهب . الشرح الصغير (341/3) .

وأما هبة الأملاك التي يتركها عند وفاته فهي غير صحيحة ؛ لأن الهبة لا تتعدى حياة الواهب ، فإن تعدتها كانت وصية فتجري عليها أحكامها في أنها لا تجوز فيما زاد على الثلث ، ولا تجوز للوارث عند أهل السنة .

وهبة الأملاك المستقبلة جائزة بشرط أن تنفذ حال حياة الواهب ، فإن وهب أملاكه المستقبلة ثم مات قبل استيفاء الموهوب له الهبة بطلت فيما بقي بعد الموت . وما قبل الموت تصح هبته بشرط القبض والحيازة قبل الوفاة . فإن جد في الطلب وسوَّف الواهب حتى مات فلا تبطل الهبة التي سبقت الموت ، وبمجرد الموت بطلت الهبة (1) وانتقلنا إلى أحكام الوصية (2) .

وأما هبة الأملاك الحاضرة والمستقبلة فهي مركبة من نوعين ؛ فالهبة حال حياة الواهب لأملاكه الحاضرة جائزة ، ولأملاكه المستقبلة بعد الموت غير جائزة ؛ لأنه بالوفاة انتقلت ملكية التركة للورثة ، فلا تصرف له فيها إلا بقدر الثلث كوصية لا هبة .

ومن وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه (3) بلا خلاف . وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى . وقيل : بعدم اللزوم ، وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم وعدمه .

وعد المساواة : وهو أن يتعهد أحد الأبوين في عقد زواج أحد أولادهما بعدم تفضيل البعض الآخر من أولادهما عليه . مثل هذا الوعد غير ملزم لأنه تعهد بالامتناع عن التبرع وهو غير ملزم ؛ لأن المالك له حق التصرف المطلق فيما يملك

---

(1) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في القانون المدني المصري بشأن اشتراط وجود الموهوب له وقت الهبة ، وأنه « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » .

وهو ما جاء كذلك في المادة 1/609 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . ويلزم أن يكون معينًا مملوكًا للواهب » .

وهو ما جاء كذلك في المادة 562 من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « على الرغم مما ورد في المادتين 91 و 254 من هذا القانون لا تنعقد الهبة بوعد ولا تنعقد على مال المستقبل » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 162 .

(2) يقول ابن رشد [اتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي] بداية المجتهد جـ 2 ص 227 ، 228 الشرح الصغير جـ 3 ص 346 وما بعدها ، والكافي لابن عبد البر ص 528 وما بعدها .

(3) قاعدة : من وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه .

من جميع الوجوه ، وقد حصل خلاف بين المشرعين في حكم تصرف رجل صحيح سليم عاقل رشيد بأن وهب أحد أولاده شيئًا ميَّزه على الآخرين أو قصر هبته على الذكور دون الإناث فقال بعضهم : إنه حرام لأن سبب القرابة الجزئية للجميع وحقهم مقرر شرعًا في التركة فتمييز بعضهم خروج عن نص الكتاب والسنة لما ورد ما معناه أن رجلًا من الصحابة أراد أن يخص أحد أولاده بعنز فقالت أمه : أشهد رسول اللّه على ذلك ، فحمل الولد وأخذ الماعز وذهب للرسول فقال له الرسول ﷺ : « ألك أولاد غير هذا ؟ » قال : نعم فقال له : « اتق اللّه واعدل بين أولادك » ورده (أوكما ورد) لهذا كان التفضيل حرامًا ، وقيل : إنه جائز لأن المالك يتصرف في ملكه كيف يشاء بلا حجر عليه ، فله تفضيل بعض أولاده عن البعض الآخر [1] .

وفي رأيي أن لكل حالة ما يبررها ؛ فقد يجوز أن يكون للرجل أبناء بررة وآخرون فجرة عاقون فيجوز للرجل والد الجميع أن يميز البار عن الفاجر ، أو لولد عيال كثيرة ولآخر ولد أو لا شيء مثلًا ، فيجوز مساعدة ذوي الأولاد ، وكان الجميع إخوة أشقاء .

فإن كانوا إخوة لأب وقد احتضن الوالد إحدى زوجاته وأولادها وميزهم عن الآخرين بلا سبب معقول سوى حب هؤلاء وكراهة الآخرين فذلك ممنوع قطعًا . والأولى ترك الأمر لله يفعل ما يشاء فقد رأينا بأعيننا أن من ميزه والده افتقر وذل ، ومن أعرض عنه والده أعزه اللّه وغناه بشرط عدم عقوق الوالدين ، ولله في خلقه شئون ، وهو أدرى بخلقه من خلقه وهو المعز المذل وهو اللطيف الخبير .

الكتاب الثالث

بند [61] الهبة بين الزوجين مدة الزواج

القانون الفرنسي : لما كان للزوجين تأثير فيما بينهما ، وكان أحدهما يصح أن يكون واقعًا تحت تأثير الآخر لضعف في الإرادة أو لحب جارف تضيع فيه شخصية

---

(1) يقول ابن عبد البر [جائز أن يهب الرجل لبعض ولده دون بعض ويكره أن يهب لأحد ولده إلا أن يكون يسيرًا] الكافي ص 530 بداية المجتهد جـ 2 ص 328 .

أحدهما في الآخر وضع القانون شروطًا خاصة لما عساه أن يكون بينهما من تصرف .

القواعد الخاصة التي تطبق على الهبة بين الزوجين :

إن الهبة بين الزوجين يصح أن تكون للأملاك الحاضرة أو لبعضها ويملكها الموهوب له [1] بمجرد الهبة ، ويجوز أن تكون للأملاك المستقبلة ويسري عليها حكم هبة الأملاك المستقبلية التي وُهبت في عقد ترتيب أموال الزوجين .

ويجوز الرجوع في الهبة بين الزوجين للأسباب العامة التي ذُكرت في الرجوع في الهبة العامة أو لإرادة الواهب .

فالأسباب القانونية لجواز الرجوع في الهبة :

(1) عدم تنفيذ شروط الواهب .

(2) كفران نعمة الواهب . وأما حدوث فرع وارث بعد الهبة فلا يكون سببًا هنا في الرجوع في الهبة .

(3) مجرد إرادة الواهب في الرجوع في الهبة بدون إبداء أي سبب آخر يجوِّز الرجوع في الهبة ولو كان هناك شرط بعدم جواز الرجوع .

والذي له الحق في الرجوع في الهبة هو أحد الزوجين الواهب شخصيًّا فقط ، فلا دائن ولا وارث يصح له ادعاء هذه الدعوى باسمه ، والمدعى عليه في هذه الدعوى أحد الزوجين الموهوب له أو ورثته بعد وفاته .

والرجوع في الهبة يكون صراحة كعمل إشهاد بالرجوع ، أو عمل وصية يُذكَر هذا فيها ، ويكون ضمنًا ككل عمل يتضمن رجوع الواهب في الهبة .

ولأجل أن يكون للواهب من الزوجين منتهى الحرية في الرجوع في الهبة متى شاء اشترط القانون ما يأتي :

أولًا : يجب أن لا تكون الهبة متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد [2] كذلك لا تكون الوصية متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد [3] .

---

(1) في الأصل : [به] .

(2) قاعدة : الهبة لا تكون متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد .

(3) قاعدة : لا تكون الوصية متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد .

ثانيًا : للزوجة الحق في الرجوع في هبتها لزوجها بدون احتياج إلى إذن من الزوج أو القضاء [1] .

ونتيجة الرجوع في الهبة أن [2] تعود الهبة كأنها لم تكن ؛ فكل حق ثبت للغير على أعيان الهبة يعتبر ملغى قانونًا .

ثالثًا : المقدار الزائد بين الزوجين : تقدم بيان القدر الزائد الذي يجوز التصرف فيه للمورث الذي له ورثة شرعيون ، فهل القدر الزائد يكون محدودًا بين الزوجين للتصرف فيه أم غير محدود ؟ هذا ما يكون موضع الشرح في هذا الفصل .

وتجب ملاحظة أن القواعد الآتية تطبق على الهبة بين الزوجين في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وفي مدة الزوجية على السواء . ويلزم التفصيل بين الأحوال الآتية :

أولًا : في حالة وجود وارث له حق الاحتياطي وكان أصولًا ، في هذه الحالة يكون الاحتياطي مشابهًا للاحتياطي العادي الذي مر ذكره في غير حالة الهبة بين الزوجين (قانون 14 فبراير سنة 1900) وقد كان أولًا يجوز لأحد الزوجين الهبة للآخر في القدر الزائد زائدًا هبة المنفعة ، أيضًا في الاحتياطي الذي للأصول فَأُلْغِي هذا وأصبح كالهبة في الحالة الاعتيادية .

ثانيًا : في حالة وجود وارث له حق الاحتياطي وكان ولدًا مشتركًا ، ليس لأحد الزوجين الهبة للآخر إذا كان لهما ولد مشترك إلا الربع ملكية ، والربع ثمرة ، أو النصف في جميع أملاكه ثمرة فقط ، يعنى حق الانتفاع مدى الحياة .

وليس للواهب إعطاء زوجه 4/3 ثلاثة أرباع أملاكه للانتفاع بل يجب إما النصف انتفاعًا أو الربع ملكًا والربع انتفاعًا فقط .

ثالثًا : الوارث الذي له حق الاحتياطي ولد من زواج سابق : متى تزوج أحد الزوجين ثانيًا ، وكان له أولاد من الزواج السابق لا يجوز له هبة ما زاد عن نصيب ولد شرعي بشرط أن لا يزيد عن ربع أملاكه . ولأجل تحديد هذا النصيب يجب افتراض أن لأحد الزوجين ولدًا ، ثم يحدد ما يصح هبته له على هذا الأساس . فإذا

---

(1) قاعدة : للزوجة الحق في الرجوع في هبتها لزوجها بدون احتياج إلى إذن من الزوج أو القضاء .

(2) في الأصل [أنها] .

كان للمتوفى ثلاثة أولاد من زواجه الأخير ، وولد من زواجه الأول يكونون أربعة فيحسب الموهوب له ولدًا ، وتقسم التركة على خمسة أقسام فما تجوز هبته من التركة لأحد الزوجين لا يجوز أن يزيد عن الخمس ، وبشرط أن يكون النصيب المذكور معادلًا لنصيب ولد غير مفضل بهبة من والديه ، وبشرط أن لا يزيد النصيب عن ربع تركة المتوفى الواهب .

احتياطات قانونية لمنع غش الزوجين :

ويقع هذا في عدة صور :

1 - هبات غير مباشرة ، وهي تقع في تنازل عن حق أو دين بلا مقابل ، أو بيع بثمن أقل من ثمن المثل . وهي في ذاتها صحيحة ، غير أنها إن زادت عن الحد المقرر وجب إنقاصها إلى القدر المقرر قانونًا .

2 - الهبات المخفية ، وهي ما تقع في عقد بمقابل كبيع ظاهرًا وهو هبة ، وهذا يقع باطلًا فلا تصح الهبة أصالة بشرط أن تزيد الهبة المخفية عن المقدار المقرر . ويفرض القانون الأشخاص الآتية واسطة في إخفاء الهبة وهم :

(1) أولاد الزوج الموهوب له من زوج آخر .

(2) أقارب الزوج الموهوب له الذين يمكن أن يكونوا من ورثته من يوم الهبة ، وهذه القرائن قاطعة لاتقام ضدها أدلة أخرى [1] .

بند [62] الهبة بين الزوجين مدة الزواج

التشريع الإسلامي : الزواج مبني على المكافأة الجنسية بلا تفاضل ولا امتياز ؛ فالرجل حر طليق من كل قيد يحد من تصرفاته التي هو أهل لها شرعًا . والمرأة حرة طليقة في كل تصرف في أملاكها على ما سبق بيانه . فلا يحد من تصرفاتها إلا ما نص عليه شرعًا . فلا حق للزوج على زوجته إلا في حدود ما يمس الزواج [2] . ولا حق للزوجة على زوجها إلا في حدود أوامر الشرع فيما يمس

(1) انظر : البنود من 1091 إلى 1100 ، في الباب التاسع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 243 - 246 .

(2) قاعدة : لا حق للزوج على زوجته ، إلا في حدود ما يمس الزواج .

الزواج [1] . فإذا وهب لزوجته ما شاء أو وهبت هي له ما شاءت فلا اعتراض لأحد عليهما ما داما صحيحين سليمين رشيدين إلخ شروط الأهلية الشرعية . وهبتهما أو هبة أحدهما تطبق عليها قواعد الهبة العامة بلا فارق ، إلا في أن الزوجة لا يُحْجَر عليها في التبرع بما زاد عن ثلث مالها ؛ لأن الحجر عليها في ذلك كان لحق الزوج ، وبما أن الزوج هو الموهوب له فلا اعتراض لأحد عليها . اللّهم إلا إذا كانت مبذرة فتجري عليها أحكام الحجر العامة كأي شخص آخر [2] .

ولا شك أن هذا المعنى لم تصل إليه بعد الشرائع الوضعية ، وستصل إليه بعد حين ، لأن المشرع الإلهي رأى مصلحة عباده وما يصلح معاشهم ومعادهم فشرع لهم وإن كانوا لا يدركون حكمة التشريع . وأما المشرع الوضعي فقد ظن أو قطع أن المرأة لا تزال قاصرًا فهي في حاجة لحمايتها من الرجل ، ولكن اللّه أعطاها حقها وساواها بالرجل فيما تستحقه وحفظ لها مكانتها ، وقد فرض اللّه على الزوج حقوقًا وفرض على الزوجة حقوقًا . ولم يجعل لأحدهما سلطانًا على الآخر يتنافى مع الإنسانية بل جعله محدودًا بحدود الحقوق الزوجية فقط .

وجواز الرجوع في الهبة بين الزوجين لغير سبب في القانون الوضعي هدم لأسباب الملكية بلا شرط ، وإضاعة الثقة بين الناس ، ومن دواعي عدم الاطمئنان والاستقرار في المعاملة بين الناس ، وهذا لا مصلحة فيه .

ومعلوم أن الموهوب له يملك الهبة بمجرد الإيجاب والقبول ، وتتم بالحيازة وبمجرد هذه الحيازة قد أصبح صاحب الحق المطلق في التصرف ، ولهذا منع التشريع الإسلامي الرجوع في الهبة بين الزوجين إلا بشرط من الواهب فقط كما سبق ، وتصرفات الموهوب له صحيحة في الموهوب نافذة بلا شك ما دامت في حدود القانون .

القدر الزائد في الهبة : قد تقدم أن تصرفات الصحيح السليم الرشيد نافذة في

(1) قاعدة : لا حق للزوجة على زوجها إلا في حدود أوامر الشرع فيما يمس الزواج .

(2) يحكي الدردير مذهب المالكية بشأن منع هبة [المريض والزوجة فيما زاد عن ثلثهما ، إلا أن هبتهما فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على الوارث والزوج] الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 328 وما بعدها .

أملاكه حتى ولو أتت على جميع ما يملك [1] . وأما تصرفات المريض فهي التي تحد بالثلث كما سبق ، فالهدية لا حد فيها مادام الواهب أهلًا للتصرف وكان صحيحًا سالمًا .

والهبات غير المباشرة صحيحة ، وكذا المخفية وما كانت بواسطة ثالث مادام الواهب صحيحًا سليمًا أهلًا للتصرف ، فإذا كان غير ذلك حُدِّت الهبة التي تصير وصية بحد الوصية وهو الثلث .

ويمكن القول إجمالًا بأن الهبة بين الزوجين ككل هبة بين أي شخصين إلا في تصرف الزوجة فيما زاد على الثلث ، فلا حجر عليها لأحد إلا لزوجها وهو الموهوب إليه .

فلو وهبت الزوجة لزوجها كل أملاكها فتصرفها صحيح ، ما دامت أهلًا للتصرف ، ولا اعتراض لأحد عليها ، ولو قصدت حرمان ورثتها من ميراثها منها .

لهذا نحيل مقارنة ما جاء في هذا الفصل إلى ما سبق في الهبة العامة .

بند [63] الهبة والوصية المنتقلة

القانون الفرنسي : الهبة أو الوصية المنتقلة هي هبة أو وصية بشيء خاص إلى شخص لينتفع به ، ويحفظه مدة حياته ، مع إلزامه بإعطائه لشخص آخر معروف .

ومن هذا التعريف يعلم : أنه يشترك ثلاثة أشخاص في هذا العمل : الواهب أو الموصي ، والشخص الأول المنتفع والمكلف بتركه لشخص آخر ، والشخص الثالث المنتفع الثاني .

أصل المنع : تُمنع الوصية أو الهبة المنتقلة لأسباب سياسية واقتصادية وقضائية :

(1) الأسباب السياسية : لو أبيح هذا التصرف لقضى على مبدأ المساواة بين الورثة فلا تتفق مع نظرية الديموقراطية لذلك مُنع .

---

(1) القاعدة العامة التي قررتها المادة 109 من القانون المدني المصري ، والمادة 94 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . والمادة 116 من التقنين الأردني ، والمادة 84 من التقنين الكويتي : « أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » . ومن جهة أخرى فإن معنى الملكية هو قيام الحق للمالك في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، وهو ما قررته المواد 802 مصري ، 805 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة ، 1048 عراقي ، 1018 مدني أردني ، 810 كويتي ، 11 من مرشد الحيران ، 1192 من مجلة الأحكام العدلية ولذا يجوز لمن ملك شيئًا أن يتصرف فيه بالهبة وغيرها من التصرفات الناقلة للملكية .

(2) الأسباب الاقتصادية : لو أبيح هذا لقضى ببقاء أملاك العائلة في أيد محدودة لا تتعداها ، فلا تتفق ونظرية تنقل الثروة العامة من يد ليد .

(3) الأسباب القانونية : لو أبيح هذا لأمكن بيع العقار أو ترتيب حق عيني عليه مع أن المنتفع الأول لا يملك التصرف في هذه العين ، بل يجب عليه نقلها لشخص آخر عينه الواهب أو الموصي . وقد يمكن أن ينفق المنتفع الأول عن سَعَة فيصبح مدينًا اعتمادًا على ما تحت يده من الأملاك المجهول مصيرها . فإن مات خاب ظن دائنيه لأن الأملاك تُعطَى للمنتفع الثاني عند الوفاة خالية من كل دين أو حق عيني .

والهبة أوالوصية المنتقلة الممنوعة تعتمد ثلاث قواعد أساسية :

أولًا : هبة أوصية متكررة (عطاء متكرر) هذا الأصل يفترض متبرعين عملًا لملك واحد لشخصين مختلفين ، بمعنى أن ملكية هذه العين المتبرع بها هبة وإيصاء تعتمد بالتتابع على رأس الموهوب له الأول المكلف بنقلها إلى الثاني ، ثم على رأس الثاني المشترط انتقالها له .

ثانيًا : إلزام قانوني بحفظها وردها ، بمعنى أن المنتفع الأول يكون ملزمًا بعد الانتفاع بالعين الموهوبة أو الموصى بها أن يردها إلى المنتفع الثاني . ومجرد الرجاء أو النصيحة لنقلها إلى المنتفع الثاني لا يكفي ، بل يجب أن يوجد التزام قانوني بأي شكل كان .

ثالثًا : ترتيب الانتفاع بالتتابع بمعنى أن المنتفع الثاني لا يستحق أن ينتفع ولا يُنقل إليه الانتفاع إلا بموت المنتفع الأول .

ولا تنطبق هذه الأصول على ما يأتي :

(1) ترتيب الانتفاع بالثمار : ليس بممنوع أن يهب الإنسان أو يوصي بملكية العين إلى شخص ثم بمنفعة تلك العين إلى شخص آخر ، أو جعل المنفعة إلى أشخاص بالتتابع والملكية لشخص آخر .

(2) الاتفاق على جواز تصرف المنتفع الأول في العين الموهوبة أو الموصى بها ، والاتفاق على نقلها للمنتفع الثاني متى بقيت في ملك الأول إلى موته .

(3) الاتفاق على أن يدير المنتفع الأول العين الموهوبة ليعطيها للمالك الحقيقي وهو المنتفع الثاني .

ومع كل فللمحاكم الحق في تخريج العطاءات والحكم في موضوعها إن كانت هبات مضاعفة ممنوعة أو جائزة .

حكم الاتفاق المخالف (الوصية أو الهبة المضاعفة) متى حصلت هبة أو وصية مضاعفة ممنوعة قانونًا اعتبرت ملغاة بالنسبة للمنتفع الأول والثاني . وهذا مخالف للمادة 900 من أن الشرط الممنوع في الهبة أو الوصية يلغى فقط وتبقى الهبة أو الوصية على حالها ، وهذا الإلغاء والبطلان إلغاء عام ، يجوز لكل من يهمه الأمر طلبه ، ولا ينقلب صحيحًا بأي وجه .

الاستثناء من المنع :

استثناء من العطاء المنتقل الممنوع أباح القانون أن يهب أو يوصي الأب والأم لصالح أولاد أولادهم ، أو أن يهب الأخ أو الأخت ، أو يوصي إلى أولاد أخته أو إخوته ؛ فيجوز للأب أن يهب أو يوصي بعقار إلى ولده بشرط أن ينتفع به مدة حياته ثم ينقله إلى أولاده من بعده ، أو إلى أخ كذلك مثلًا .

والكلام في هذا الفصل على ثلاث نقط :

أولًا : شروط صحة هذه الهبة المنتقلة :

(1) في الشكل : يصح أن تكون العطية في إشهاد هبة أو وصية .

(2) من له حق التصرف : الأب أو الأم أو الأخ أو الأخت فقط ، بشرط أن لا يكون له ولد وقت الوفاة ، فلا يقبل هذا التصرف من جد أو جدة .

(3) من له حق الانتفاع : متى كان الأب أو الأم هو المتصرف فالذي له حق الانتفاع أولًا الأولاد ثم أولادهم بعد وفاتهم ، وإذا كان الأخ أو الأخت هو المتصرف ، فالأخ أو الأخت هو المنتفع الأول ثم أولادهم بعدهم ، ويلاحظ أن الانتقال يكون من درجة واحدة بلا فارق في الانتفاع بين ذكر أو أنثى ، كبيرًا أو صغيرًا ، موجودًا وقت العطاء أو سيوجد .

ويجب ملاحظة أن الهبة أو الوصية المنتقلة لا تتعدى الحد المقرر قانونًا لجواز التصرف فيه بالهبة أو الوصية .

والسبب في مخالفة القانون بهذا الاستثناء هو السماح للأب أو للأخ بوقاية

الصغير من إسراف وتبذير مورثه ، بفرض عدم جواز تملك جزء ولو صغيرًا من أملاكه .

الاحتياطات المتخذة لحفظ مصالح المنتفعين :

الأشخاص الواجب حفظهم نوعان :

(1) الأشخاص الموهوب أو الموصى لهم الممكن لحوق الضرر بهم ممن لهم حق الانتفاع أولًا .

(2) الشخص الأجنبي (الثالث) أيًا كان الذي يمكن أن يتعاقد مع المنتفع الأول على أنه مالك للعين الموهوبة المنتقلة فيلحقه الضرر بإلغاء كل حق يترتب على هذه العين عند انتقالها إلى المنتفع الثاني .

وقد اتخذ القانون عدة احتياطات تحفظية لوقاية النوع الأول :

(1) تعيين وصي على الموصى له أو الموهوب له ، لملاحظة هذه الهبات أو الوصايا . والذي يعينه نفس الموصي أو مجلس العائلة أو القاضي حسب قواعد الوصي . ويجب على المنتفع الأول تمكينه من مباشرة عمله ، وإلا كان عرضة للحرمان من الانتفاع ، وعمل الموصي ينحصر في مباشرة نقل الوصية أو الهبة إلى الشخص الثاني الموهوب له فقط بدون تدخل منه في الإدارة ، ولا يعين له مشرف ولا تضمن أملاكه الوصية أو الهبة برهن قانوني .

(2) عمل حصر للأشياء الموهوبة أو الموصى بها متى كانت جزءًا من التركة كربع 4/1 مثلًا ، أو كانت كل التركة بناء على طلب المنتفع الأول أو الوصي أو أي شخص يهمه ذلك .

(3) لا يبيع الموبيلية الموهوبة أو الموصى بها إلا إذا كان الواهب اشترط إعطاءها عينها واستغلال الثمن في عقار أو في سندات دين الحكومة يعمل ذلك في مدة ثلاثة أشهر أو ستة .

(4) احتياط لحفظ حق الشخص الثالث بتسجيل العقد المتضمن هبة أو وصية منتقلة : فرض القانون لحفظ حق الشخص الثالث تسجيل العقد المتضمن هبة أو وصية ، وهذا هو الموضع الذي يتحتم فيه تسجيل الوصية ، فإذا لم يراع هذا

التسجيل فكل تعاقد مع الأجنبي من المنتفع الأول يعتبر تعاقدًا صحيحًا واقعًا مع مالك العين الحقيقي .

نتائج الهبة أو الوصية المنتقلة :

الكلام في نتائج الهبة أو الوصية المتنقلة يكون في ثلاثة مواضع :

أولًا : قبل استحقاق المنتفع الثاني : للمنتفع الأول الانتفاع بكافة أوجه الانتفاع من بيع وهبة ورهن واستغلال بشرط ملغ ، بحيث إن الهبة أو الوصية متى استحقت بطلت جميع التصرفات من المنتفع الأول وكأنها لم تكن .

ويمكن الاعتراف للمنتفع الثاني بملكية العين الموهوبة أو الموصى بها بشرط معلق فله اتخاذ الطرق الاحتياطية لحفظ حقوقه .

ثانيًا : بعد استحقاق المنتفع الثاني : يستحق المنتفع الثاني الهبة أو الوصية وينتقل إليه حق الانتفاع بأحد ثلاثة أشياء :

(1) بموت المكلف بنقل الوصية أو الهبة إلى المنتفع الثاني بعد وفاته ، وهو الطريق الطبيعي لذلك .

(2) بتنازل المنتفع الأول مقدمًا عن الأعيان الموهوبة أو الموصى بها إلى المنتفع الثاني .

(3) بحرمان المنتفع الأول من الانتفاع عقابًا له عند عدم تعيين وصي ، ونوع العمل الذي يعمله المنتفع الأول على العين الموهوبة أو الموصى بها يسقط بمجرد الاستحقاق ، وكأنه لم يكن . ولا يعارض به الشخص الثالث وهي القاعدة العامة .

ويستثنى من ذلك الأعمال الإدارية والرهن القانوني لزوجة المنتفع الأول فلا ينقص . وللمنتفع الثاني مقاضاة الأول لاستلام الموصى به أو الموهوب ، وله مقاضاة الشخص الثالث لإبطال حقوقه المترتبة على الأعيان المذكورة .

بطلان الهبة أو الوصية المتنقلة من نفسها : تبطل الهبة أو الوصية من نفسها للأسباب الآتية :

(1) في حالة وفاة المنتفع الثاني قبل وفاة الأول أو قبل الاستحقاق .

(2) في حالة عدم أهلية المنتفع الثاني للتملك .

(3) في حالة تنازل المنتفع الثاني عن الهبة أو الوصية .

وينتج عن بطلان الهبة أو الوصية المنتقلة تأكيد ملكية المنتفع الأول فتصبح جميع تصرفاته صحيحة لازمة ، كأنه مالك ملكًا نهائيًا [1] .

بند [64] الهبة أو الوصية المنتقلة

التشريع الإسلامي : الهبة المنتقلة أو الوصية المنتقلة لا تكون إلا في المنفعة لا في الذات فيصح هبة بيت لزيد يسكن فيه مادام [2] حيًا ثم منفعته من بعده تكون لعمر ثم من بعده تكون لورثة الواهب أو لذريته ، وهي هبة صحيحة لازمة ، وكذلك تصح الوصية على هذا الوجه .

إن الوصية لوارث باطلة مطلقًا على هذا الوجه أو على أي وجه آخر ، والهبة صحيحة لوارث أو لغيره بشرط أن تتم بالقبول والحوز في صحة الواهب وسلامته وإلا دخلت في باب الوصية [3] .

وبما أن الوصية لوارث باطلة فلا يتأتى منعها للأسباب الاقتصادية ، وبما أن نصيب كل وارث محدد وهبة المالك جائزة قبل وفاته لأنه مالك وهو حر التصرف فلا منع للأسباب السياسية .

وأما المنع للأسباب القانونية في التشريع الوضعي فهذا عجب . وتعليل ذلك في نظره أنه غش وتغرير في المعاملة اعتمادًا على ما تحت يده وهو غير مالك . وبالرجوع إلى أحكام القانون الوضعي في ملكية الهبة نجده قضى بملكية الموهوب له من وقت الهبة ، ونجده أجاز الرجوع لأحد الزوجين في هبته لغير سبب ، وأجاز لنكران الجميل ولإهانة الواهب ، وهذه أسباب تطيح بالهبة من أصلها فضلًا عما ترتب عليها من حقوق للغير أو من معاملات ظاهرة بني الناس ثقتهم عليها مع الموهوب له ، وهذا من أخطر الأسباب على ضعف الثقة بين الناس فيما بين أيديهم

---

(1) انظر : البنود من 1048 إلى 1074 ، في الباب السادس ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدنى الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 233 – 239 .

(2) هبة بيت يسكنه الموهوب له عمره مع اشتراط انتقال منفعة البيت لفلان غير الواهب تختلف عن العمرى التي يشترط فيها الواهب المنفعة للموهوب له مدة حياته على أن تنتقل هذه المنفعة للواهب أو ورثته بعد وفاة الموهوب له . وجمهور العلماء على صحة الهبة بهذا الشرط مع فساده فيمتلك الموهوب له الشيء الموهوب ويكون من بعده لورثته هو . أما الصورة التي يذكرها المؤلف فهي مؤلفة من عارية ووصية بمنفعة ، فتصبح العارية بتحقق شروطها ، كما تصح الوصية إذا تحققت شروطها كذلك .

(3) يقول ابن رشد : أما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لاوصية لوارث » بداية المجتهد جـ 2 ص 334 الشرح الصغير جـ 4 ص 181 .

ويجعل الإنسان يفكر كثيرًا في أنه ربما يذنب الموهوب له مع الواهب فيسلبه هبته فتضيع معاملته معه هباء ، وربما يحلو للزوجة أو الزوج أن يسترد هبته لا لسبب ، فتكون أموال الناس عرضة للخطر والضياع . ثم يأتي هنا المشرع الوضعي ويعلل عدم جواز الهبة والوصية المنتقلة للأسباب التي ذكرها !! اللّه إنه لتخبط في تشريع أعرج لا مصلحة فيه للناس ، ومع ذلك يتكالب عليه دارسو الحقوق ، ويتركون ما أُنزل من حكيم حميد الذي خلق العالم وعرف مصالحهم فقنن لهم بما فيه صلاحهم . أنا لا أشك لحظة في قدرة اللّه العلي الأعلى ، وأن الناس سيرجعون إلى تشريعه شيئًا فشيئًا مهما بعدوا ومهما ستروا ما أخذهم من الدين الحنيف سترًا لضعفهم وادعاء أنه من مبتكرات عقولهم الخاوية ، فلم يبق الأوائل شيئًا للأواخر في التشريع الإسلامي ، ولكني أعترف بعجزي عن فهم بُعْد الناس عن التشريع الحق فسبحان علام الغيوب .

سيأتي وقت يكون كتابي هذا مرجعًا ومنتقدًا على مرّ الزمان وأكون في عالم الآخرة في العالم اللانهائي الذي لا يعود منه أحد أبدًا للدنيا مرة أخرى ، وسيلحق بي من ينقدني ، ولو كنت حيًّا لأجبته وحاججته ، ولكن حسبي اللّه وكفى ، وسلام على المصطفى صاحب الشريعة الغراء وعلى آله وصحبه وسلم .

والهبة أو الوصية بالمنفعة المنتقلة تكون في (العمرى) (1) وسبق الكلام فيها ، وتكون في الوصية بمنفعة بيت للسكنى أو عقار للاستغلال على طلبة العلم أو على فقراء قرية مثلًا ، فالمنفعة تكون لمن كان على قيد الحياة منهم أو من كان متصفًا بالصفة المشروطة في الهبة أو الوصية ، كطالب العلم أو إمام مسجد أو مقرئ القرآن وهكذا ، وكل هذه الهبات والوصايا صحيحة نافذة ، فإن كان الموهوب له معينًا قُضِي بها له عند امتناع الواهب عن التسليم ، وإن كان غير معين وجب التنفيذ ولكن لا يقضى بها وكذا الوصية . هذا إذا كانا على طبقتين بل على

---

(1) يقول الدردير عن العمرى هي : تمليك منفعة شيء مملوك عقارًا أو غيره إنسانًا أو غيره كفرس بعد حياة المعطي بغير عوض ، خرج بقوله تمليك منفعة تمليك الذات بعوض وبغيره : الشرح الصغير جـ 3 ص 348 ، وانظر : بداية المجتهد جـ 2 ص 331 . وقد جاء في المادة 866 من مجلة الأحكام الشرعية أن « العمرى صحيحة في العقار والحيوان وغيرها ، ويلغو ما تضمنته من التوقيت ، فتكون للموهوب له ومن بعده لورثته ، ولا تعود إلى الواهب ، ولا إلى ورثته » . وجاء كذلك في المادة 867 من مجلة الأحكام الشرعية أن : « الرقبى صحيحة في العقار وغيره ، ويلغو ما تضمنته من الشرط فتكون للموهوب له ، ثم لورثته ، ولا تعود إلى الواهب » . راجع كشاف القناع 307/4 .

طبقات حسب شرط الواهب أو الموصي ، والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم .

وهذه الهبة أو الوصية المتكررة المنتقلة تفرض التبرع لمتعدد فالموهوب له الأول ينقلها للموهوب له الثاني والموهوب له الثاني ينقلها للثالث وهكذا . وكل منتفع سابق يجب عليه المحافظة على العين المنتفع بها ونقلها إلى من يليه في الانتفاع ، فإن لم يفعل أُجبر قضاء على ذلك ، فإن فرط أو أهمل أو تعدى وحصل تلف أو هلاك للموهوب فهو ضامن .

ومتى رتب الواهب أو الموصي انتفاع الموهوب لهم أو الموصى إليهم وجب مراعاة هذا الترتيب ، فلا ينتقل حق من منتفع إلى من بعده إلا بعد نهاية المدة المحددة لانتفاعه ، أو بعد وفاته متى كان محددًا بذلك .

ولا يمكن عقلًا ولا عادة تعدد المنتفعين بالتتابع مع ملكية العين المنتفع بها الموهوبة إلى المنتفعين حتى يقال إن هذه الهبة ممنوعة ؛ فمثلًا رجل وهب منزلًا لزيد ينتفع به مدة حياته مع تملكه له ، ثم بعد وفاته يكون لعمر ينتفع به مدة حياته مع ملكيته لهذا المنزل ، ثم بعد وفاته يكون لخالد ملكًا يتصرف فيه . فهذه الهبة متناقضة غير معقولة لأنه هبة منفعة مع تمليك ذات لأول الموهوب لهم ، ومعناه أنه يتصرف فيه كما يشاء ملكًا وتمليكًا ، ولكن معنى إعطائه لعمر بعد وفاته أنه لا حق له في التصرف فيه تمليكًا للغير أو في ترتيب حق للغير عليه ، وهكذا يقال في المنتفعين بعده . فالذي منعه القانون الوضعي غير معقول ولا متصور الوجود فترتيب الانتفاع بالثمار لشخص أو لأشخاص متتابعين وجعل ملكية العين المنتفع بها لشخص آخر غيرهم هو المعقول والمتصور وجائز شرعًا .

وأما الاتفاق على جواز تصرف المنتفع الأول في العين الموهوبة أو الموصى بها ، والاتفاق على نقلها إلى المنتفع الثاني متى بقيت في ملك الأول إلى موته فغير صحيح ؛ لأن مقتضى إباحة تصرفه فيها أنه يملكها ، ومقتضى الاتفاق على نقلها للمنتفع أنه على الخيار ، ومعنى هذا أن الشرط كالعدم ، وموكول لإرادة الموهوب له فلا يصح أن يكون إلزامًا ، ولا يقتضي حكمًا فهو كالعدم . والمفهوم والمعقول أنه متى كانت الهبة أو الوصية منتقلة أن المنتفع الأول لا يملك غير الانتفاع ، وكذا الثاني إذا كان أو الثالث .. إلخ كما أوضحناه سابقًا .

وكما تجوز هبة عين أو إيصاء بها لينتفع منها شخص مدة حياته ثم ينقلها إلى غيره من أولاد أو إخوة تجوز إلى أي شخص آخر بلا فرق بين أب وأم أو إخوة أو غيرهم .

والهبة أو الوصية المنتقلة تجري عليها أحكام الهبة والوصية العامة من كل وجه متى كانت الهبة منتقلة ؛ فيجب أن تتم حال حياة الواهب فلا يقام وصي ولا خلافه لتنفيذ الهبة ، فلو أهمل الموهوب له في نقل الهبة للمنتفع الثاني بعد نهاية مدة انتفاعه أو أهمل ورثته في تسليم الهبة للموهوب له الثاني جاز للمنتفع الثاني أو لورثة الواهب إلزامه ، أو إلزام ورثته قانونًا قضائيًا بنقل الهبة للمنتفع الثاني حسب شرط الواهب ، ويجبر الممتنع عن التنفيذ .

أما الوصية فهي لا تكون إلا بعد الوفاة ؛ فوصي التركة إن كان أو ورثة المتوفى الموصي أو الحاكم أو نائبه يتولون تنفيذ الوصية حسب شرط الموصي .

فإن كانت الوصية بجزء معين كالربع وجب حصرها لمعرفة قيمة الوصية وتسليمها للموصى له .

تنفيذ الوصية يرجع إلى طبيعتها ؛ فإن كانت بشيء معين سلم ذلك الشيء المعين للموصى له ، وإن كان بمثلي ولم يكن في التركة اشترى للموصى له وسطًا . وإن كان مبلغًا من المال ، وكان في التركة نقد سلم للموصى له قيمة الوصية . فإن لم يكن بها مال بيع منقولها لتنفيذ الوصية ، فإن لم يكن بها منقول بيع بعض العقار بشروط في جواز تصرف الوصي أو الحاكم في التركة فارجع إليه إن شئت .

ويحفظ حق الشخص الثالث متى كانت الهبة أو الوصية منتقلة بالإشهاد الرسمي أو العرفي في نفس عقد الهبة أو في نفس الوصية . وكل تصرف يقع من المنتفع الأول فهو تصرف في ملك الغير يجري عليه أحكام تصرف الفضولي ، بل يعتبر غاصبًا لأنه أمين على العين المنتفع بها يجب عليه إرجاعها للمنتفع الثاني متى فرغ حق انتفاعه وإلا اعتبر غاصبًا ، وتجري عليه أحكام الغاصب . وعدم تسجيل عقد الهبة أو الوصية لا يكون سببًا في صحة تصرفات المنتفع الأول فهو لم يخرج عن كونه تصرفًا فيما لا يملك بل في شيء كان تحت يده أمانة .

نتائج الهبة أو الوصية المنتقلة :

(1) قبل انتفاع المنتفع الثاني : للمنتفع الأول الانتفاع بالعين الموهوبة أو الموصى بها بما لا يخرج عن منفعتها فلا يجوز له بيعها ولا رهنها ولا هبتها لأنه ليس بمالك للعين ، وإنما يملك المنفعة فله التصرف في المنفعة بما يرى إلا إذا اشترط الواهب أو الموصي أن له الانتفاع لا المنفعة فيكون انتفاعه مقصورًا عليه فقط دون

غيره ، فلا يحق له هبة المنفعة ولا رهنها ولا إيجارها ، فإن كانت له المنفعة فتصرفه فيها مؤقت حسب شرط الموصي أو الواهب وحسب وقته في استيفاء المنفعة . وليس للمنتفع الثاني التعرض للمنتفع الأول ما دام وقت انتفاعه لم يأت ، فإن تعدى المنتفع الأول حدود الانتفاع فهو ضامن للتلف أو لنقص المنفعة .

(2) بعد استحقاق المنتفع الثاني : يستحق المنتفع الثاني منفعة الهبة أو الوصية إذا كان بعده ثالث ، فإن كان هو المستحق الأخير الذي يملك العين الموهوبة أو الموصى بها فقد ملك العين المذكورة بمجرد انتقال الحق إليه ، وذلك بموت المنتفع الذي قبله إذا كان انتفاعه مقيدًا بحياته أو بتنازله عن الانتفاع إلى من بعده .

وليس الحرمان من الانتفاع طريقًا طبيعيًا لنقل المنفعة لمن بعده إلا إذا خالف شرط الواهب أو الموصي كما سبق بيانه .

بطلان الوصية أو الهبة المنتقلة :

إذا مات المنتفع الثاني قبل وفاة الأول انتقل حق المنفعة لورثته مالم يشترط الواهب أو الموصي أن له حق الانتفاع لا المنفعة فلا يورث هذا الحق ، وإنما يعود لورثة الواهب أو الموصي . فإن كانت الهبة أو الوصية بنفس العين الموهوبة أو الموصى بها للمنتفع الثاني ملكًا بعد انتفاع الأول فهي لورثته ولا يستحقها المنتفع الأول ؛ لأن الواهب أو الموصي لم يجعلها له ملكًا بل جعلها له انتفاعًا وحق الانتفاع لا يقتضي الملكية . وورثة المنتفع الثاني أحق بالعين الموهوبة إذا مات مورثهم قبل الاستحقاق ، لأن الواهب والموصي أراد ذلك بأن جعل العين المذكورة له فهو المالك لها ، بشرط أن ينتفع الأول قبله ، فوفاة الثاني لا تبطل الحق متى تحقق الشرط .

وفي حالة عدم أهلية المنتفع الثاني للتملك كوارث في الوصية مثلًا تعود العين الموصى بها للتركة إلا إذا أجازها الورثة فتكون ابتداء عطية لا بد فيها من القبول .

فإن تنازل المنتفع الثاني عن الهبة أو عن الوصية عادت ملكًا للورثة ولا يملكها الأول ؛ لأن له حق الانتفاع فقط ولا يقتضي هذا ملك الرقبة الموهوبة أو الموصى بها .

ولا ينتج عن رجوع الهبة أو الوصية للورثة صحة تصرفات المنتفع الأول ؛ لأن تصرفاته صحيحة فيما يملك وهو حق المنفعة ، فإن تعداه فقد تصرف فيما لا يملك .

وقد جعل التشريع الوضعي ملكية العين الموهوبة والموصى بها للمنتفع الأول في حالة وفاة المنتفع الثاني أو في حال عدم أهليته ، أو في حال تنازله ، وهو افتيات على إرادة الواهب أو الموصي ، لأنه جعل له الانتفاع فقط مدة معينة ثم ينقل لغيره ولم يقل يملكها الأول في هذه الأحوال الثلاثة . لهذا يعود الملك لصاحبه أو لورثته من بعده إذا انعدم المنتفع الثاني في بعض الأحوال أو يستحقها ورثته إذا مات . ولا يصح أن يفرض القانون إرادته على الواهب أو الموصي ، وقد أوضح إرادته في أن المنتفع الأول ليس له إلا الانتفاع مدة محددة . لهذا كان هذا التشريع الوضعي غير مطابق للمعقول [1] .

بند [65] قسمة الأصول

القانون الفرنسي : وهو عمل به يقسم الأصل على أولاده أو ما تناسل منهم أملاكه حال حياته ، بحيث إنه إذا مات لا تكون التركة في حالة شيوع بين الورثة ، بل كل واحد يعرف نصيبه مفروزًا منقسمًا .

شروط الصحة : شكل عمل القسمة : يمكن الأصل الذي يريد قسمة أملاكه قسمتها في شكل وصية أو في شكل هبة ، وحينئذ يجب تطبيق قواعد الشكل الذي استعمله هبة أو وصية . والذي يملك عمل هذه القسمة هو الأصول فقط أب ، أم ، جد ، أجداد إلخ فلا يصح للحواشي عمل هذه القسمة . ويشترط فيمن يملك قسمة الأصول أن يكون حائزًا لشروط الوصية إن كانت وصية ، ولشروط الهبة إن كانت هبة . والقسمة تكون بين الأولاد الشرعيين والطبيعيين والمتبنين يعني كل من يكون وارثًا منهم عند وفاة الأصل .

ونسيان ولد بلا قسم أو وجود ولد للقاسم بعد القسمة وقبل الموت يبطل القسمة . فإن مات أحد الأولاد بعد القسمة انتقل نصيبه إلى ورثته إن كان له ورثة وإلا فلأقرب الورثة الطبيعيين كما لو لم يكن هناك قسمة .

ويجب أن يكون الأولاد المقسوم بينهم أهلًا للتملك في الوصية أو الهبة حسب شكل القسمة . والأملاك التي يصح قسمتها هي الأملاك الحاضرة في الهبة ،

---

(1) يقول الدردير : « وبطلت الهبة بمانع أي بحصوله قبل حوزها من واهبها وإن بغير إذنه وبين المانع بقوله من إحاطة دين بالواهب أو جنون أو مرض اتصلا بموته أو موت للواهب ، وإن مات الواهب قبل إيصالها . وإن استصحبها أو أرسلها له كموت المرسل إليه المعين إن لم يشهد أنها له وإلا فلا تبطل » الشرح الصغير جـ 3 ص 340 ، جـ 4 ص 181 وانظر : بداية المجتهد جـ 2 ص 331 ، ص 338 .

والحاضرة والمستقبلة في الوصية كما يجوز ترك بعض الأعيان للأصل بدون إدخالها في القسمة فتكون قسمة مكملة بعد الوفاة .

ويجب مراعاة المساواة بين الذكور والإناث في القسمة فيما لا يجوز له التصرف فيه . وأما في الجزء الزائد الذي أباح القانون له التصرف فيه كما يشاء فله أن يزيد أو ينقص في أقسام من يجب فيكون الإشهاد حينئذ مشتملًا على عملين : هبة أو وصية متساوية ، ثم عطاء زائد فيما له حق التصرف فيه .

الطبيعة القانونية والنتائج : قسمة الأصول عمل في طبيعته يحمل معنيين :

(1) عمل بلا مقابل بين الأحياء يتبعه ترك الأملاك المقسومة حالًا إلى الأولاد المقسوم عليهم بلا رجوع في ذلك .

(2) عمل قسمة نهائية بين المقسوم عليهم ينتج بينهم حالًا حقوق وواجبات كما تتحقق عقب القسمة العادية .

وينتج من طبيعة قسمة الأصول كأنها هبة ما يأتي حال حياة الأصول :

(1) إن الأولاد المقسوم عليهم يملكون عقب القسمة مباشرة ملكية العقار المقسوم بلا جواز الرجوع للأصول .

(2) إنه يجوز للأصول الرجوع في القسمة بسبب نكران الجميل أو عدم تنفيذ إرادة الأصول أو شروطهم .

(3) إن الفروع يمتلكون ما قسمه الأصول عليهم لا كورثة ، بل كموهوب لهم ، فلا يكونون ملزمين بدفع دين الأصول القاسم عليهم .

وينتج من طبيعة قسمة الأصول كأنها قسمة حال حياة الأصول ما يأتي :

(1) أنه يجوز لبعض الورثة الذين نُزعَت ملكيتهم التقاضي مع الآخرين ليكونوا ضامنين في ملكية ما نزع على حساب الجميع .

(2) أنه يمكن أن يجبروا لسداد ما يجب على بعض أعيان الأصول المقسمة إلى الآخرين المقسوم بينهم .

وينتج عن قسمة الأصول كأنها هبة بعد وفاة الأصول ما يأتي :

بعد وفاة الأصول يظهر المقسوم بينهم بمظهر الورثة لكن يحتفظون بصفة

الموهوب لهم وذلك :

(1) أنه يجوز لهم كورثة قبول الميراث بدون شرط أو قيد أو قبوله بشرط الحصر أو رفضه .

(2) أنه يجب عليه سداد دين المورث متى قبلوا بلا شرط ولا قيد .

ويمكنهم عمل ما يأتي بعنوان أنه موهوب لهم :

(1) يمكنهم الاحتفاظ بالقدر الموهوب لهم الذي كان للمورث حق التصرف فيه ولو مع قبولهم الميراث بشرط الحصر أو مع تنازلهم عن الميراث .

(2) في حالة قبول الميراث بشرط الحصر ليس لدائني المورث مقاضاتهم في الأملاك التي تحت أيديهم ؛ لأنها قد خرجت من أملاك المورث قبل وفاته .

الطبيعة القانونية لقسمة الأصول كوصية : يسود هنا عامل القسمة بين الفروع والأصول ، ولا يعتبر الأصل كأنه أحسن إلى فروعه ، بل يعتبر أنه عمل قسمة بينهم . فما دام الأصل موجودًا فالقسمة وصية بينهم بلا ثمرة ، وهي مشروع قسمة يمكن للأصل تعديلها وتصبح نهائية متى مات الأصل ، وبموت الأصل استحق كل وارث ما كتب له في القسمة وينتج ما يأتي :

(1) إن تلقِّي الفروع للأملاك المقسومة لكل واحد يعتبر ميراثًا لا وصية ، وهم وارثون لا موصى لهم .

(2) لا يمكن للورثة التنازل عن الميراث ليأخذوا أموال التركة كموصى لهم ، ولا يمكنهم رفض الوصية ليقبلوا استحقاق التركة بلا شرط ولا قيد ، فإما أن يقبلوا الميراث ويتحملوا القسمة التي عملها المورث قبل وفاته ويتحملوا نتائجها ، وإما أن يرفضوا الميراث بما له وما عليه .

أسباب إلغاء قسمة الأصول : تلغى قسمة الأصول متى فقدت شرطًا من شروط الشكل ، أو من شروط الهبة إن كانت هبة ، أو من شروط الوصية إن كانت وصية . وتلغى في الأحوال الخاصة الآتية :

(1) إذا تُرِكَ ولد من ورثة الأصل القاسم بدون نصيب بشرط أن يعيش الولد المتروك بعد الأصل القاسم وأن يقبل الميراث ، وحينئذ تعتبر القسمة كأنها لم تكن .

وليس بلازم طلب الحكم بإلغائها بل الوارث يطلب تسلم نصيبه من التركة كوارث لمدة ثلاثين سنة .

(2) إذا حصل غبن فاحش في أزيد من الربع ، ولا يدخل في تقويم الأعيان المقسومة إلا ما دخل في القسمة ، وتمكث دعوى البطلان عشر سنين في القسمة للهبة و 30 سنة في القسمة للوصية ، وتبدأ المدة من يوم وفاة المورث .

(3) إذا تجاوز الأصل القاسم الجزء الزائد قانونًا الذي له حق التصرف فيه ، فتطبق القوانين العامة .

نتائج الإلغاء : متى صدر حكم الإلغاء عاد الورثة إلى حالة عدم القسمة فتكون أنصبتهم على الشيوع ، ولا بد من عمل قسمة أخرى حسب القواعد العامة [1] .

بند [66] قسمة الأصول

التشريع الإسلامي : وهو أن يقسم المورث تركته وينفذ القسمة حال حياته أو يوصي بنفاذها بعد مماته [2] .

والذي يفعل ذلك أي مورث يترك ورثة بعد موته ، ونسيان ولد في قسمة التركة ونفاذها كهبة حال الحياة لا يبطل القسمة ، وكذلك وجود ولد للوارث بعدها لا

---

(1) انظر : البنود من 1075 إلى 1080 ، في الباب السابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 240 – 241 .

(2) أجازت المادة 908 مدني مصري ، والمادة 987 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1117 مدني أردني صحة الوصية بقسمة أعيان التركة « على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 13 من قانون الوصية المصري . أما المادة 219 من قانون الأحوال الشخصية السوري فقد أجازت الوصية بقسمة أعيان التركة في حدود ما يوافق نصيبهم من الميراث ، ويأخذ ما زاد عن ذلك حكم الوصية للوارث التي تكون موقوفة على إذن سائر الورثة . وهو ما جاءت به المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، ونصها : « أ – تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يختص كل وارث أو بعض الورثة بجزء عينه له الموصي من التركة معادل لنصيبه الإرثي .

ب – إن زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الإرثية كانت الزيادة وصية .

ومن الواضح أن القيود الواردة في قانون الأحوال الشخصية السوري والكويتي قد فطنت إلى ما قد يجره إطلاق تصحيح قسمة التركة بين الورثة من تحايل ومراوغة في الالتزام بأحكام الميراث الشرعية .

يبطلها . وأما نسيانه في قسمة التركة ونفاذها بعد الوفاة كوصية أو حدوث ولد بعد الوصية بذلك فمبطل لها لأنه حق للورثة جميعًا في إجازة الوصية بما زاد على الثلث .

ويشترط فيمن يقسم تركته حال حياته وينفذ القسمة حال الحياة أن يكون أهلًا للتبرع ، لأنها هبة فيجب أن يكون صحيحًا سليمًا غير محجور عليه . فكل من أعطاه من ماله شيئًا وحازه في صحته فإنه يختص به ويقاسم الورثة الباقين في تركة مورثهم ، وأما ما أعطاه لأحدهم في مرض موته أو باعه له بمحاباة فيه أو في صحته وحازه فيه (أي في مرضه) فوصية لوارث وهي باطلة . ويشترط فيمن يقسم تركته على أن تنفذ بعد وفاته ما يشترط في الموصي . وحكم التشريع الإسلامي في مثل هذه الحادثة إذا وقعت ما يأتي :

(1) للشخص الصحيح الأهل للتصرف التبرع بجميع أمواله . فإذا قسم الرجل أو أي مورث أمواله على أولاده أو ورثته أو أولاد أولاده مثلًا كلًّا أو بعضًا بطريق الهبة فذلك جائز نافذ متى جرت الهبة مجراها الشرعي [1] .

ويجب لصحة هذه القسمة الحوز من المقسوم عليهم قبل حصول المانع من وفاة أو عدم أهلية .. إلخ ، فإن قسم ولم ينفذ القسمة حتى مات بطلت الهبة ، وأصبحت تركته المقسومة ميراثًا لمن يستحقها .

(2) والقسمة بالوصية التي عملها المورث قبل حياته وأوصى بنفاذها بعد وفاته ليست ملزمة للورثة الذين لم يقبلوها حال الحياة أو بعد الوفاة ، فإن قال المتوفى : هذه تركتي اقتسموها بينكم بالسوية ومات ، فقسم الورثة التركة بينهم بالسوية : الذكر كالأنثى ، ووضع كل وارث يده على قِسْمه فلا يملك أحدهم نقضها لأن هذه وصية لبناته ببعض ماله وقسمة البنين إجازة منهم فنفذت ، وذلك متى كان الذكور من أهل التبرع رُشَّدًا بلا دين .

(3) ولزم الوارث البالغ الرشيد ما أجازه قبل وفاة الموصي فيما زاد على الثلث أو في وصية لوارث بشروط :

(1) أن تكون إجازة الوارث في مرض الموصي .

(2) إذا لم يشف الموصي من مرضه ومات فيه (فإن أجازها الوارث في صحته

---

(1) يقول ابن رشد : [إن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحرى] بداية المجتهد جـ 2 ص 328 والكافي لابن عبد البر ص 530 والشرح الصغير جـ 2 ص 339 .

أو في مرض شفي منه ، ثم مرض ومات لم يلزم الوارث ما أجازه) .

(3) أن لا يكون الوارث المجيز معذورًا فأجاز تحت تأثير خوف ككون الوارث في عيال الموصي ينفق عليه فأجاز خوف قطعها ، أو يكون تحت سلطان الموصي فخشي سطوته ، أو خشي مطالبته بدين ، أو جهل أن له الرد والإجازة بعد الوفاة ولكنه يحلف على جهله .

وإن أجاز الوارث في صحة الموصي فلا تلزمه الإجازة .

فقسمة المورث تركته حال حياته وصحته وقبول الورثة ذلك على أن تنفذ كوصية بعد الوفاة غير ملزم للورثة . فإن قبلوا الوصية ونفذوها بالفعل فليس لهم الرجوع فيها بعد ذلك . ولا تجب مراعاة المساواة بين الذكور والإناث لأن اللّه جعل للذكر مثل حظ الأنثيين لا في الهبة ولا في الوصية للذكر والإناث غير الوارثين ؛ لأن الوصية لوارث لا تجوز إلا إذا أجازها الورثة ، فيكون ابتداء هبة يجب فيها القبول والحوز ، والوصية يجب أن تكون في حدود الثلث وإلا كانت جائزة الإلغاء من كل وارث [1] .

الطبيعة القانونية للقسمة والنتائج :

القسمة بين الورثة إن كانت ناجزة حال الصحة والحياة ، ووضع كل واحد من المقسوم عليهم يده على نصيبه فهي هبة ، تنتج ملكية العين المقسومة الموهوبة بمجرد القبول والإيجاب من الطرفين ؛ فلا يجوز للقاسم الرجوع فيما قسمه إلا مسألة (الاعتصار) من الأب أو الأم لأولادهم وقد سبق بيانها ، وإلا إذا اشترط الرجوع متى شاء في عقد القسمة فله ذلك . وكذا عند عدم تنفيذ شروط الهبة . ولا رجوع عند نكران الجميل .

وهذه الملكية ملكية هبة لموهوب لهم لا كوارثين [2] .

---

(1) يقول الدردير : [وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم أي ابتداء عطية لا تنفيذا لوصية الموصي] الشرح الصغير جـ 4 ص 183 بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(2) نصت المادة 537 من التقنين الكويتي على أنه : « لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما » . وهو مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة كما تقدم . وقد جاء في المادة 931 من مجلة الأحكام الشرعية أنه : « لا يصح الرجوع في الهبة بعد لزومها بالقبض إلا في المسألتين الآتيتين » وهما ما جاء في المادتين 932 ، 933 من مجلة الأحكام الشرعية . ونص المادة 932 أن : « للزوجة الرجوع في هبتها لزوجها بسؤاله إذا ضرها بطلاق أو تزوج عليها ، ونحو ذلك ، سواء كان الموهوب صداقا أو غيره . أما إذا كانت الهبة بغير سؤاله فلا رجوع لها مطلقًا » . وجاء في المادة 933 أن « للأب الرجوع في عين هبته لولده ، ما لم يوجد شيء من الموانع الآتي ذكرها » ، مما أجملته المواد 934 - 939 من مجلة الأحكام الشرعية .

وإن كانت القسمة بين الورثة نفذت بعد وفاة القاسم فهي تركة متى قبلوها طائعين بلا جبر عليهم ، فتجري عليهم أحكام الضمان بين الورثة فيما إذا استحق أحد أعيان التركة المقسومة .

وأما سداد الديون التي على التركة فهي مقدمة على قسمة التركة على الورثة . فسداد الديون على الجميع في حدود التركة [1] .

ولا علاقة بين قبول الميراث وعدم قبوله ، وقسمة الأصول كهبة لأن الهبة تتم حال حياة المورث ، وبعد الوفاة يكون ما بقي تركة تجري عليه أحكامها السابقة . والموهوب له الذي حاز الهبة حال حياة الواهب لا يلزمه سداد دين الواهب إلا لشرط عليه من الواهب .

وقد سبق أن القبول للميراث مع شرط الحصر كالقبول بلا قيد ولا شرط ؛ فلا يلزم الوارث بدين زائد عن نصيبه في التركة فالغنم مقدر بالغرم أو العكس ؛ لأن القانون يفرض هذا فلا يُمَثِّلُ الميت ، بل بموته انقطعت علاقته مع الأحياء ومنهم الورثة . فإن تبرع الورثة في السداد فذلك لهم كأي شخص آخر .

فلدائني المورث مقاضاة الورثة بقدر ما أصابهم من التركة فقط فإن لم تف التركة بالدين فلا يُلْزَم الوارث الذي قبل الميراث بلا شرط بأي شيء .

ما دامت القسمة كوصية حال حياة المورث فهي مشروع يصح له أن يرجع عنه ؛ فلو مات أصبحت القسمة وصية يصح للورثة قبولها ويصح لهم عدم قبولها كما سبق بيانه في هذا الفصل . فإن قبلوها ونفذوها فلا حق لهم في الرجوع فيها ، ويعتبر الورثة على كل حال ورثة .

إلغاء قسمة الأصول ، تلغى القسمة إذا فقدت شرطًا من شروط الهبة إن كانت هبة أو من شروط الوصية إن كانت وصية وخصوصًا في :

(1) إذا ترك وارثًا في القسمة باعتبارها وصية لأنه يشترط رضاء كل وارث

---

(1) جاءت المادة 891 من القانون المدني المصري فيما سبقت الإشارة إليه من بدء المصفي بتقسيم ما يبقى من التركة بعد نفقات التجهيز والتكفين وأداء الديون الواجبة الوفاء .

وهو ما تناولته المادة 1102 من التقنين الأردني . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 395 .

عن الجزء الزائد عن الثلث ، فإن كانت لوارث فلا تصح إلا بإجازة الجميع ، ولا يشترط أن يقبل الميراث لأن حقه ثابت كوارث مقدر نصيبه بين الورثة أخذه أو تركه ، فالوارث المتروك يطلب نصيبه فيجاب للطلب متى خلا من موانع الإرث .

(2) إذا حصل غبن في القسمة بعد الوفاة وقبلها الورثة فتجري عليها أحكام القسمة العامة . فارجع إليه إن شئت .

ومتى تجاوز الأصلُ القاسمُ الجزءَ الزائدَ عن الثلث وقبلها الورثة فلا رجوع لهم ، ويعتبر هذا إجازة للقسمة .

نتائج الإلغاء :

متى ألغيت القسمة لعدم قبولها من الورثة أو لوقوعها باطلة لعدم أهلية المورث مثلًا عادت التركة كما كانت وكأنها لم تقسم فتقسم من جديد .

بند [67] الوقف الخيري

القانون الفرنسي : هو رصد شيء محدود من رأس المال على سبيل الدوام لعمل خيري عام أو خاص وأغراضه هي :

(1) عمل خاص كعمل (صدقة) لراحة روح المتوفى أو إيجاد كرسي في كنيسة للمتوفى ولعائلته فهو ثمن خدمة يعود نفعه على الشخص نفسه .

(2) عمل لغرض عام كإنشاء مستشفى أو ملجأ للعجزة أو مدرسة .

والوقف الخيري إما أن يكون بطريق الإنشاء مباشرة من الواقف نفسه ، وإما بطريق وساطة شخصية أدبية موجودة بالفعل . ففي حالة توسط شخص معنوي في تنفيذ العمل الخيري كتوسيط الحكومة أو المديرية أو المركز في عمل خيري يكفي أن يكون القانون مجيزًا للشخصية المعنوية المذكورة قبول العمل المذكور .

ويجب مراعاة الاختصاص مثلًا إعطاء مستشفى مبلغًا من المال أو عقارًا لإنشاء سرير يداوى فيه مرض كذا ، أو إعطاء جامعة مثلًا مبلغًا أو عقارًا لإنشاء كرسي لمدرس علم كذا .

فإن خالف ذلك بأن أعطى جامعة مثلًا مبلغًا لإيجاد سرير في مستشفى لمرض خاص ، فإن أجازته الإدارة الخاصة بذلك تم الغرض ووُجد الوقف الخيري ، وإن لم

تجزه الإدارة المختصة بطل الوقف ولا نتيجة له .

ولورثة الواقف مقاضاة الشخص المعنوي عند إهماله تحقيق إرادة المتوفى ، ولهم إلغاء الوقف وطلب تعويض عند ذلك .

وقف خيري بطريق الإنشاء المباشر من الواقف نفسه : متى أراد الواقف إيجاد عمل خيري فعليه إيجاد المؤسسة من ماله الخاص وإرادتها حتى تنتج ما عملت له ، ثم طلب إعطائها الشخصية المعنوية من الجهة الإدارية ، ثم الهبة لها بما يمكن أن تعيش به مستقبلًا ، فيكون لهذا الشخص المعنوي حق قبول الهبة (1) .

بند [68] الوقف الخيري

التشريع الإسلامي : الوقف من حيث هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا في ملك معطيه ولو تقديرًا ، ويكون على شخص موجود أو سيوجد آدميًا أو جمادًا عاقلًا أو غير عاقل غنيًا أو فقيرًا (2) .

وأغراضه إيصال النفع للموقوف عليه ولو على نفسه هو بعد مماته أو في عمل عام كمستشفى أو خاص كزيد من الناس .

والذي يصح وقفه كل مملوك للواقف فيشمل الذات والمنفعة ولو حيوانًا ورقيقًا (3) .

وفي وقف ما له مثلٌ كالقمح والنقود خلاف . والراجح الجواز لرد البدل فيستمر بقاؤه للانتفاع به .

ويصح وقف منفعة العين المملوكة للواقف دون العين نفسها مادام له حق المنفعة ، ولا يصح وقف مالك الانتفاع ؛ لأن ذات مالك الانتفاع أو صفاته مقصودة كإمام

(1) انظر : بند 937 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 208 .

(2) يقول الدردير : [الوقف هو جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو جعل غلته لمستحق بصيغة دالة عليه كحبست ووقفت مدة مايراه المحبس] . الشرح الصغير جـ 3 ص 336 الكافي لابن عبد البر ص 536 . وفي التعريف ما يدل على مذهب المالكية في جواز توقيت الوقف ، واتساعه عندهم ليشمل الأعيان والمنافع .

يقول ابن عبد البر : وكل من حبس حبسًا على أجنبي أو غير أجنبي فلم يُقْبضَ منه ولم يخرج منه عن يده حتى مات فهو باطل ويرثه عنه ورثته . الكافي لابن عبد البر ص 539 الشرح الصغير جـ 3 ص 336 إرشاد السالك ص 107 ، 108 .

(3) الشيء المملوك يصح وقفه ، ويلزم ، والمراد بالمملوك ما تملك ذاته ، وإن لم يجز بيعه ، ولو حيوانًا ، ورقيقًا . الخرشي (79/7 ، 80) .

وخطيب ومدرس وقف عليه بالوصف المذكور .

وصح وقف المشاع [1] إن كان مما يقبل القسمة ويجبر الواقف عليها إن أراد الشريك ، ووقف ما لا يقبل القسمة فيه قولان مرجحان ، وعلى القول بالصحة يجبر الواقف على البيع إن أراده الشريك ويجعل الثمن في مثله .

ولا يشترط في صحة الوقف ولا في لزومه حكم حاكم ، ووقف ملك الغير وهبته وصدقته وعتقه باطل ولو أجازه المالك .

ويشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلًا للتملك حكمًا كالمسجد ، أو حسًّا كالآدمي [2] ، موجودًا أو سيوجد فقيرًا أو غنيًّا .

فإن كان الموقوف عليه أهلًا للرد والقبول فإنه يشترط في صحة الوقف عليه قبوله . فإن لم يكن أهلًا للقبول والرد كالمجنون والصغير قبل عنه وليه . فإن كان الوقف على غير معينين كالفقراء والمسجد مثلًا فلا يشترط قبولهم .

حيازة الموقوف : تجب الحيازة في الموقوف أصالة إن كان الموقوف له غلة ؛ فمن وقف كتبًا للمذاكرة أو خيلًا للغزو أو سلاحًا للقتال مثلًا من كل موقوف لا غلة له فلم ينفذوه ولم يخرج الموقوف من يده حتى مات فالوقف باطل والموقوف ميراث . وإن كان يخرجه في وجهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله لأنه خرج في وجهه ، وإن أخرج بعضه فما أخرج فهو نافذ وما لم يخرج فهو ميراث [3] (هكذا في مدونة الإمام) .

وأما ما له غلة فقال مالك : ما حُبس (وُقِفَ) في صحته أو تصدق به على المساكين

---

(1) جاءت المادة الخامسة من قانون الوقف المصري الصادر عام 1946 بتصحيح وقف الحصة الشائعة في عقار غير قابل للقسمة شريطة كون باقي العقار موقوفًا واتحدت الجهة الموقوف عليها ، أو إذا كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة ، ولكن أجازت المادة المذكورة وقف أسهم الشركات المستغلة استغلالًا جائزًا شرعًا ، رغم أنها حصص شائعة . وهو ما جاء في المادة السابقة من مشروع قانون الوقف الكويتي لعام 1984 أما وقف الحصة الشائعة فيما يقبل القسمة فلا يمنع منه ، ولكن يجب إفرازه وتمييزه حتى يمكن الانتفاع به . وأساس القول بجواز وقف الحصة الشائعة مطلقًا هو مذهب جمهور الفقهاء خلافًا للأحناف .

(2) يشترط أن يكون الموقوف عليه أهلًا للتملك حكمًا كالمسجد أو حسًّا كالآدمي . الخرشي على مختصر خليل (80/7) .

(3) حيازة الموقوف شرط في المذهب المالكي لنفاذ الوقف خلافًا لما ذهب إليه الأحناف والشافعية والحنابلة وهو ما أخذ به مشروع قانون الوقف الكويتي . ويبدو عدم اشتراط ذلك في قانون الوقف المصري الصادر عام 1946 ، لاكتفاء المواد المتعلقة بإنشاء الوقف وشروطه (المواد : 1 – 5) بالإشارة إلى الإشهاد الرسمي عليه .

من بستان أو دار أو شيء له غلة فكان يكريه ، ويفرق غلته كل عام على المساكين ولم يخرجه من يده قبل موته أو يوصي بإنفاذه في مرضه لغير وارث فينفذ في ثلثه .

إنشاء الوقف : يجوز أن يكون الوقف وشروط صرفه وتحديد مراميه من عمل الواقف ؛ كوقف خمسة أفدنة محددة معلومة على مسجد يصرف من ريعها على فرشه وتعميره كذا من الريع ويعطى للإمام كذا والمؤذن والفراش كذا .

ويجوز أن يقول : وقفت عشرة أفدنة للفقراء والمساكين وجعلت التصرف في ريعها للمأمور أو للمدير أو لأهل المحلة مثلًا .

وسواء أكان الموكول إليه التصرف في الموقوف مختصًا بنوع الموقوف عليه أم لا فإن الوقف صحيح ولا يبطله عدم اختصاص الموكول إليه إنشاؤه ، فإن قام الموكول إليه التصرف في الوقف بشروط الواقف كان بها وإن لم يقبل أو قبل ولم ينفذ عيَّن الحاكم ناظرًا على هذا الوقف لتنفيذ إرادة الوقف إن كانت جائزة شرعًا .

وقت الوقف : صح تأجيل وقت الوقف كداري وقف بعد شهر ، فإن تداين في هذه المدة بطل الوقف إذا لم يُحز عن الواقف في هذا الأجل . فإن حيز عنه أو كانت منفعته لغير الواقف في ذلك الأجل فإنه لا يضر حدوث الدين ، وصح الوقف منجزًا .

فالحيازة للشيء الموقوف شرط في صحة الوقف قبل حدوث فلس وموت وفقد ومرض مميت وجنون وإلا بطل الوقف [1] .

وصح الوقف مؤبدًا مدى الدهر ومؤقتًا بزمن معين . والملك للواقف والغلة والثمرة للموقوف عليه فللواقف ولورثته منع من يريد التعدي عليه أو تغيير معالمه .

وبمجرد الوقف والحيازة للمعين الموقوف عليه وُجدَت شخصية الوقف المعنوية فهو يقاضِي للمحافظة على كيانه وحقوقه ويقاضَى للوفاء بالتزاماته للغير ، ويمثله الواقف أو ورثته أو الناظر عليه المقام من الحاكم .

مبطلات الوقف : يبطل الوقف على معصية [2] أو على كنيسة فيصير مالًا من

---

(1) هذا هو مذهب المالكية كما تقدمت الإشارة إليه .

(2) الوقف على المعصية باطل كمن وقف على شربة الخمر ، وأكلة الحشيش وما أشبه ذلك وكما لو حبس مسلم على كنيسة وانظر مبطلات الوقف في الخرشي (7/81 – 85) ، وكذلك حاشية ابن عابدين 394/3 وحاشية الدسوقي 78/4 والمغني لابن قدامة 588/5 وكشاف القناع 373/4 .

أموال الواقف لورثته فلا يرجع مراجع الأحباس لأقرب فقراء عصبة المُحبِّسِ (الواقف) . ويبطل الوقف على حربي . ويبطل الوقف على بنيه دون بناته لا العكس (وفي هذا سبعة أقوال فارجع إليها إن شئت في باب الوقف) . ويبطل إن شرط أن من تزوجت من بناته خرجت من الوقف . ويبطل إن عادت العين الموقوفة ليد الواقف قبل مضي سنة ، كسكناه في بيت وقفه قبل مضي سنة (هذا في الموقوف ذي الغلة) ، فإن كان لا غلة فيه فلا يبطل وقفه . وبطل الوقف من مدين أحاط الدين به ، وبطل لو جهل سبق الدين على الوقف على محجوره . وبطل لو وقف على نفسه مدة حياته لأنه حجر على نفسه في تصرفه بلا مبرر . وبطل إن شرط أن النظر له على العين الموقوفة ، لأنه لازال تحت يده ، وشرط صحته الحوز أو الإخراج فيما وقف لأجله . وبطل إن لم يحز شخص كبير وقف عليه ، ولو سفيهًا أو لم يحز ولي السفيه قبل موت الواقف أو فلسه أو مرضه الذي مات فيه . وبطل الوقف على الورثة في مرض الموت لأنه كوصية وهي لا تجوز لوارث [(1)] .

تعذر صرف ريع الوقف : المشهور أن الوقف المؤبد إذا انقطعت الجهة التي حُبس عليها وشرط صرفه لها وتعذر ذلك يرجع وقفًا لأقرب فقير من عصبة الواقف يستوي فيه الذكر والأنثى ولو شرط الواقف التفضيل في المصرف ينتفعون منه بالمنفعة فقط ، هذا إذا كان الوقف على جهة معينة ، فإن كان على مسجد أو فقراء صرف في مثله ولا يرجع لقرابته ، فإن وقف على عشرة حياتَهُمْ فمن مات عاد نصيبه لمن بقي منهم ثم بعد انقراضهم يكون ملكًا موروثًا لورثة الواقف دون ورثة الموقوف عليهم .

ويباع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو بعضه . ولا يباع العقار ولو قرب إلا لضرورة أو مصلحة أو لتوسيع مسجد ولو جبرًا ، ويجعل ثمنه في غيره ، ومن هدم وقفًا فعليه إعادته .

---

(1) يقول المواق : [وبطل الوقف على معصية . يقول الباجي لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق] . التاج والإكليل جـ 6 ص 23 ، 24 ، وإرشاد السالك ص 107 ، 108 والكافي لابن عبد البر ص 536 .

بند [69] خاتمة

الغيبة

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : الغيبة هي حالة شخص انقطع عن الظهور في محل إقامته أو محل عمله ولا يُعلم عن أخباره شيء بحيث لا يمكن القول بموته أو بحياته بمعنى أن وجود الشخص مشكوك فيه .

وسبب اهتمام المشرع بأحكام الغيبة أن للشخص حقوقًا وعليه واجبات ، حيًّا وميتًا ، فله دائنون وله ديون ، وله ورثة وموصى لهم ، وأولاد وزوجة . كل هؤلاء محتاجون لإثبات الغيبة لتترتب عليها أحكامها ، لهذا اهتم المشرع بوضع أحكامها .

أهمية هذا التشريع نقصت الآن نظرًا لسهولة الوصول إلى أخبار الغائب برًّا وبحرًا وأن الانتقال من بلد لقطر آخر أصبح مقيدًا ، ولذا صارت أحكام الغيبة تطبّق في حالة الحرب أو الغرق أو الحريق أو طغيان البحر .. إلخ .

ملخص أدوار الغيبة :

تمر الغيبة في ثلاثة أدوار :

أولًا : فرض الغيبة .

ثانيًا : وضع اليد مؤقتًا .

ثالثًا : وضع اليد النهائي .

أولًا : فرض الغيبة يبتدئ من يوم اختفاء الغائب أو من آخر أخبار عنه ، ولا يمكن أن تدوم هذه الحالة أقل من خمس سنوات إذا لم يترك له وكيلًا عامًّا ، أو إحدى عشرة سنة إذا ترك له وكيلًا ، وفي هذه المدة يفترض القانون حياته مرجحة عن وفاته ، ولذا يهتم بمنافعه وبمصلحته قبل كل شيء ، فتتخذ المحاكم طرقًا تحفظية فقط مستعجلة .

ثانيًا : إعلان الغيبة ووضع اليد المؤقت على أملاك الغائب ، بعد مضي خمس سنين أو إحدى عشرة سنة على اختفاء الغائب أو انقطاع أخباره يميل المشرع إلى الاعتقاد بالوفاة . ولذا ينظر إلى مصلحة الأشخاص الحاضرين الذين لهم مصلحة فينتقل إلى نظام آخر فيتقدم أصحاب المنفعة إلى القاضي بطلب إعلان الغيبة ووضع

اليد فيصدر القاضي حكمًا بإعلان الغيبة ، وتسليم أملاك الغائب إلى الورثة أو الموصى لهم أو الموهوب لهم ، وتُفتح وصيته فتكون التركة تحت يدهم كأمانة ، ليس لهم حق البيع والهبة والوصية . فقط لهم الإدارة ، وهم ليسوا ملاكًا لتركة الغائب في هذه الحالة . وتزول هذه الحال في حالتين :

أولًا : متى عاد الغائب فتسلم له جميع أملاكه وكذا إيرادها إلى 5/4 أو 10/9 حسب المدة التي غابها .

ثانيًا : متى ثبت بالدليل أن الغائب توفي فتصفَّى تركته ويعطَى كل ذي حق حقه .

ثالثًا : وضع اليد نهائيًا على التركة واستلامها ، متى مضى ثلاثون سنة من تاريخ إعلان الغيبة أو مائة [1] سنة من تاريخ ميلاد الغائب انتقلت الغيبة إلى الحالة الثالثة ، وهي تملُّك التركة نهائيًا . فالضمان الذي يجب تقديمه عند وضع اليد مؤقتًا ينقطع ، ويصح التصرف على أي وجه كان من واضعي اليد بصفة نهائية . ولكن حتى في هذه الحالة لو ظهر الغائب فله أخذ أملاكه على حالتها التي هي عليها مع احترامه لجميع تصرفات واضع اليد النهائي من بيع ورهن وبدل .. إلخ . وليس له طلب أي ريع من أملاكه .

النتائج العامة للغيبة فيما يختص بأملاك الغائب :

أولًا : افتراض الغيبة : يبتدي هذا الدور من يوم الغيبة أو انقطاع أخبار الغائب ، ويجب في هذه الحالة اتخاذ الاحتياطات التحفظية من تعيين قيِّم يحافظ على أموال الغائب ويديرها ، فإن استحق الغائب ميراثًا عينت المحكمة عنه مسجلًا للعقود ينوب عنه في الحصر والتصفية لهذا الميراث .

وإذا ترك الغائب عنه نائبًا عامًّا في جميع أعماله فلا دخل للمحكمة مطلقًا ، إلا إذا مات الوكيل أو أصبح غير أهل لإدارة أموال موكله .

والذي له الحق في طلب اتخاذ إجراءات لأموال المفروض غيبته هم من لهم حق حاضر في أموال الغائب كشريك أو زوجة أو دائن ، ومن لهم مستقبل وهم الورثة والموصى لهم والموهوب لهم .

---

(1) يقترب هذا التحديد من بعض التحديدات التي أخذ بها علماء المذهب الحنفي في بعض أحوال المفقود .

وكذلك على النائب العام طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الغائب .

والمحكمة المختصة هي محكمة آخر محل إقامة للغائب ، فإن تعدد محل وجود عقار للغائب تولت محكمة محل الإقامة تكليف تلك المحاكم الأخرى اتخاذ الاحتياطات .

وينتهي افتراض الغيبة (الحالة الأولى) بأحد ثلاثة أشياء :

(1) برجوع الغائب .

(2) بوصول أخبار وفاة الغائب .

(3) بإعلان الغيبة .

ثانيًا : إعلان الغيبة : وهو حكم تصدره المحكمة يتضمن إعلان أن الشخص الفلاني غائب .

والأجل الذي يصح بعده إعلان الغيبة قانونًا يختلف :

(1) فإن لم يترك الغائب وكيلًا عامًّا عنه يدير أملاكه صح إعلان الغيبة بعد أربع سنين من غيبته أو من انقطاع آخر أخباره .

(2) فإن ترك الغائب وكيلًا عامًّا عنه يدير شئونه صح إعلان الغيبة بعد عشر سنين من غيبته .

والذي له حق طلب إعلان الغيبة كل من يهمه الأمر وله منفعة أو مصلحة في ذلك ، وليس للنائب العام طلب ذلك .

ويقدم طلب إعلان الغيبة للمحكمة التى تصدر حكمها بالبحث والتحري عن الغائب ، والخصم فيها النائب العام . وبعد مضي سنة ولم تصل أخبار الغائب تعلن المحكمة غيبته بحكم فيكون إعلان الغيبة بعد خمس سنوات ، وكذا بعد إحدى عشرة سنة في حالة وجود وكيل وعدم وجوده ، وبعد إعلان الغيبة ينتقل إلى الحالة الثالثة .

ثالثًا : وضع اليد المؤقت : استحقاق الميراث مؤقتًا ، متى أُعلنت غيبة الشخص فُتحت تركته وصارت مستحقَّة لورثته وفتحت وصيته ، ويعود استحقاق التركة لورثته من يوم غيبته ومن يوم انقطاع أخباره .

والذي له الحق في طلب وضع اليد مؤقتًا هو كل شخص له حق متعلق بوفاة

الغائب كالورثة ، والموصى لهم ، والموهوب لهم أملاكًا مستقبلة .

أما المسموح لهم بوضع اليد على التركة مؤقتًا فلا يملكون أعيان التركة نهائيًا ، إنما هم مديرون لها فقط ، بحيث لو ظهر الغائب فعليهم إرجاعها إليه مع إيرادها حسب البيان الآتي :

يكون لهم عمل الإدارة والأعمال التحفظية وإيجار العقار ودفع ديون الغائب والدفاع عنه في التقاضي . ولأجل مكافأة واضعي اليد منح القانون لهم جزءًا من الإيراد كما يأتي :

1 - إن ظهر الغائب قبل 15 سنة فله الخمس من الإيراد ، ولواضعي اليد أربعة الأخماس ، وإن ظهر بعد 15 سنة وقبل 30 سنة فله العشر ولواضعي اليد تسعة الأعشار .

2 - وإن ظهر بعد 30 سنة من غيبته أو بعد 100 سنة من تاريخ ميلاده فلا شيء له من الربح .

ولأجل ضمان إرجاع إيراد أملاك الغائب إليه إذا حضر فرض القانون :

(1) تقديم كفيل .

(2) عمل حصر لأملاك الغائب .

(3) بيع المنقولات والأسهم التي تأمر المحكمة ببيعها .

(4) استخدام رؤوس الأموال والإيراد للاستغلال .

وينتهي وضع اليد المؤقت بثلاثة أشياء :

(1) بتحقيق وفاة الغائب .

(2) برجوع الغائب أو بوصول أخباره . ومن هذه اللحظة ينقطع ملك واضعي اليد للإيراد ، ويبقى للغائب ، وعليهم تسليم أملاكه إليه .

(3) أو بطلب وضع اليد النهائي .

رابعًا : طلب وضع اليد نهائيًا : طلب وضع اليد نهائيًا يكون في حالتين :

(1) إذا مضى ثلاثون سنة من تاريخ وضع اليد مؤقتًا ولم تصل أخبار عن الغائب .

(2) إذا مضى مائة سنة من تاريخ ميلاد الغائب .

ويجب صدور قرار من المحكمة المختصة بذلك بناء على طلب واضعي اليد مؤقتًا ، وهم الذين لهم حقوق متعلقة بوفاة الغائب .

وطبيعة وضع اليد النهائي هي وضع ملكية قِبَلَ أيٍّ شخص ولو نفس الغائب . غير أن الغائب متى حضر بعد وضع اليد النهائي فله استرجاع ملكيته مع احترام تصرفات واضع اليد النهائي كأنه مالك حقيقي . وينتج عن ذلك :

1 – أن واضع اليد النهائي له حق التصرف المطلق في أملاك الغائب من بيع وهبة ورهن وترتيب حق عيني بل وهدم .. إلخ .

2 – أنه غير ملزم بأي تعويض مهما كانت مسئوليته في تلك الأملاك .

3 – أن ضمان الرد المنصوص عليه قانونًا في الحالة الثانية من الغيبة يُلغى وذمة الضامن تبرأ من الضمان .

ونتج عن أن حق واضع اليد النهائي يمكن إلغاؤه بظهور الغائب لكن مع عدم الرجوع إلى الماضي ما يأتي :

1 – أن واضع اليد النهائي يجب عليه إرجاع أملاك الغائب إليه متى ظهر ، لكن على حالتها التي هي عليها وقت ظهوره بدون تعويض للغائب ، حتى عن الحقوق العينية التي رتبها وضع اليد النهائي .

2 – الأعيان المبيعة من أملاك الغائب يصح له استردادها إذا دفع قيمتها المبيعة بها المشتري .

3 – الأعيان الموهوبة من أملاك الغائب لا يصح له استردادها لا من الواهب ولا من الموهوب إليه .

وتنقطع الغيبة بأحد أمرين : إما بظهور الغائب ، وإما بإثبات وفاته رسميًا [1] .

---

(1) انظر : البنود من 112 إلى 119 ، في البابين الأول والثاني ، من الكتاب الرابع ، من المقالة الأولى ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 30 – 32 .

بند [70] الغيبة

التشريع الإسلامي : الغيبة صفة شخص غاب فانقطع أثره ولا يعلم له خبر ويمكن الكشف عن وجوده ، أو لا يمكن الكشف عن وجوده كأسير ومفقود في بلاد الأعداء .

إن إثبات وجود الغائب حيًّا أو ميتًا هام لتوقف أحكام كثيرة على كلتا [(1)] الحالتين ، فحالة الشخص الشخصية من زواج ومن طلاق ومن ميراث ومن التزامات .. إلخ كل هذه تحتاج إلى أحكام خاصة ، ولهذا عُني المشرع الإسلامي بأحوال الغائب من جميع النواحي .

أهمية هذا التشريع : أصبح ذا قيمة عظيمة وأصبح مبنيًّا على قواعد ثابتة لا يتطرق إليها الشك لتقدم الرقي في المواصلات ولعدة عوامل أهمها :

1 - أن جميع المواليد ذكورًا وإناثًا تقيد بدفاتر ميلاد محل الميلاد .

2 - الأشخاص غير المقيدين بدفاتر الميلاد تحرر بهم قائمة تسمى قائمة (ساقطي القيد) يعرضون يوم فرز بلدهم (الاقتراع) على لجنة الفرز بمركز البوليس في اليوم المحدد لكل بلد (طبعًا الذكور منهم) فيعطي الطبيب لكل شخص السن التي يصح أن يكون قد بلغها وقت الفرز ، ثم يقيد هذا في دفاتر البلد التي فرز تبعًا لها ، ولهذا قل وجود سواقط ، أو غير مقيدين رسميًّا .

3 - سهولة المواصلات بالسكك الحديدية والأتومبيلات والموتوسيكلات والطائرات والتلغرافات والتليفونات السلكي واللاسلكي برًّا وبحرًا وهواء . كل هذه الطرق سهلت ومهدت طرق البحث عن الغائب مهما بعد ، خصوصًا وأن شبكة التليفونات الحكومية وغير الحكومية أصبحت في كل قرية وفي متناول الجميع .

ملخص أدوار الغيبة :

تمر أدوار الغيبة في ثلاث [(2)] مراحل :

(1) غيبة الشخص والتبليغ عنه والبحث عن مظان وجوده .

(2) ضرب الأجل مدة أربع سنين في بعض الأحوال وفي بعضها سنة بعد التلوم .

---

(1) في الأصل : [كلتي] .　　(2) في الأصل : [ثلاثة] .

(3) اعتداد زوجته وقسم ماله في بعض الأحوال والانتظار مدة التعمير في بعض الأحوال .

وقد نظر المشرعون إلى ظروف الغيبة التي أحاطت بالغائب ، وأعطوا لكل حالة حكمها فلم يحكموا على الغيبة من حيث هي في كل حالاتها ؛ لأن هذا حكم خاطئ ؛ لأن المفقود وقت الحرب أو وقت الوباء (تيفوس . تيفوئيد . طاعون مثلًا) لا تكون حالته كالمفقود وقت السلم ، كمن خرج من بيته لا يعلم أين ذهب وهو صحيح سليم .

فالعقل السليم والعدل الاجتماعي يقضيان بإعطاء كل حالة حكمًا يتناسب مع ظروف غيبته . لهذا كان التشريع الإسلامي حكيمًا . وتفصيل أدوار الغيبة كالآتي :

أولًا : المفقود في بلاد الإسلام في غير زمن حرب ولا وباء كطاعون وحمى قاتلة ، ولا في زمن فتنة هوجاء تأكل الأخضر واليابس .

وحكمه أنه متى بلغ أمر غيبته إلى الحاكم ، أو القاضي يأمر بالبحث عنه في مظان وجوده بعد ذكر اسمه ونسبه وأوصافه التي تميزه ، فإن لم تفد التحريات ولم تظهر أخباره ولا موضعه فيقضي بالآتي :

(أ) **بالنسبة للزوجة** : يضرب القاضي لها أجلًا أربع سنين من يوم العجز عن معرفة أخباره . وبعد الأجل تعتد زوجته عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام بشروط :

(1) أن تثبت الزوجية بهذا الغائب .

(2) أن تثبت بقاءها على عصمته إلى غيبته .

(3) أن تثبت غياب زوجها .

(4) أن يكون للغائب مال تنفق منه هذه المدة .

(5) أن لا يكون لها شرط الطلاق إن غاب .

فإذا لم يكن للغائب مال تنفق منه مدة الأربع سنين أو كان لها شرط الطلاق إن غاب فلها أن تطلب الطلاق قبل مضي هذه المدة وتطلق عليه قبلها . ولا تحتاج المرأة بعد انقضاء الأجل إلى إذن الإمام في العدة . ولا تحتاج بعد العدة إلى إذن في

التزويج لأن إذنه حصل أولًا بضرب الأجل .

فلو جاء الغائب فوجد زوجته تزوجت بعد المدة (4 سنين) وبعد العدة وكان لم يدخل بها الزوج الثاني كان الأول أحق بها ، فإن جاء وقد دخل الزوج الثاني فقد بانت من الأول ، وتأخذ من المفقود وهو الأول جميع الصداق ولو لم يكن دخل بها . يعنى تكون الزوجة للمفقود في ثلاثة أوجه : أن يجيء ، أو يتبين أنه حي ، أو مات وهي في العدة اتفاقًا ، أو بعدها وقبل العقد على المشهور ، أو بعد العقد وقبل الدخول على ما رجع إليه الإمام مالك .

وتفوت على المفقود في الوجه الرابع وهو أن يكون الثاني دخل بها أو تلذذ بلا علم ، وورثت الأول إن قضى له بها [1] .

(ب) **بالنسبة لأمواله** : لا يخلو حال الغائب إما أن يكون قد أقام عنه وكيلًا شرعيًا قبل غيبته . وإما أن يكون قد غاب ولم يقم عنه وكيلًا ، فمن أقام عنه وكيلًا يترك التصرف للوكيل حسب وكالته ، إلا إذا اشتكى من تصرفه ورثة الغائب فيحاسبه القاضي ، ويلزمه حفظ ما وكِّل فيه ، فإن أساء أقام عليه مشرفًا أو عزله ، وأقام مقدمًا من قبله يكون مسئولًا أمام الحاكم يقدم حسابًا كل عام عن تصرفه ويحفظ مال الغائب ويديره كماله . وللقاضي تقدير أجر له على عمله ما لم يقبله مجانًا ، والأجر من مال الغائب .

ومن لم يقم وكيلًا عنه قبل غيبته عين القاضي قيمًا على أمواله يديرها وعليه تقديم حساب وحفظ المال وتنميته كمالكه .

وعلى كلتا الحالتين يوقف مال الغائب إلى التعمير ، فيورث حينئذ لأنه لا ميراث مع الشك في حياة وموت المورث ، ويقسم على ورثته يوم الحكم بموته لا يوم فقده ولا يوم بلوغه سن التعمير .

والتعمير سبعون سنة واختار الشيخان ثمانين ، وحكم بخمس وسبعين فنهاية

---

(1) يقول الدردير : [تعتد زوجة المفقود حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة في أرض الإسلام عدة وفاة إن رفعت أمرها للحاكم أو لجماعة المسلمين عند عدمه ، ودامت نفقتها من ماله ، فيؤجل الحر أربعة أعوام و العبد نصفها بعد العجز عن خبره] . الشرح الصغير جـ 2 ص 164 .

التعمير سبعون عامًا وهو قول الإمام مالك وابن القاسم وأشهب . ولمالك وابن القاسم أيضًا ثمانون .

فإن اختلف الشهود في تقدير سن الغائب وقت غيابه أخذ بالأقل احتياطًا . هذا إذا فقد قبل سن التعمير .

وأما من فقد في الثمانين فيضرب له أجل عشر سنين ، وكذا ابن تسعين سنة وابن 75 سنة يضرب له خمس سنين وابن مائة اجتهد الحاكم فيما يضرب له . وقيل : من غاب وهو في 75 سنة أو في 70 سنة على القول بأنهما سن التعمير اجتهد الحاكم فيما يضرب له حسب صحته وضعفه وقت غيابه . وتجوز شهادة الشهود على التقدير أي على ما يقدرونه بغلبة ظنهم واغتفر ذلك للمتعذر ، وحلف الوارث حينئذ على طبق شهادتهم على القطع ، وأما لو شهدت بتاريخ الولادة فلا يمين وأجرة البحث عن الغائب على الطالب إن كان له مال وإلا فعلى بيت المال .

ثانيًا : الغائب الأسير في حرب في بلاد الأعداء حكمه كالآتي :

(أ) **زوجته** : زوجة الأسير التي ترك لها مالا تنفق منه ولا شرط لها تبقى مدة التعمير (70 أو 75 أو 80 سنة) كما مر ثم تعتد عدة الوفاة ، كزوجة المفقود في بلاد المسلمين في غير زمن وباء أو فتنة جامحة .

(ب) **ماله** : لا يقسم ماله حتى تنقضي مدة التعمير ، ولا تكون وفاته الاعتبارية إلا بحكم الحاكم ، وحينئذ تقسم تركته بين ورثته الموجودين .

ومفقود أرض الشرك كالأسير لا تتزوج زوجته ولا يقسم ماله إلا إذا صح موته ، أو يمضي عليه من الزمن ما لا يعيش إلى مثله فيوقف للتعمير وهو سبعون أو 75 سنة أو ثمانون خلاف في الاجتهاد .

ثالثًا : مفقود المعترك بين المسلمين لفتنة بينهم بعضهم مع بعض :

(أ) **زوجته** : تعتد زوجته عدة وفاة بعد انفصال الصفين وانتهاء المعركة ، إذا شهدت البينة العادلة أنه حضر المعترك ، فيحمل أمر من فقد في ذلك القتال على الموت . وأما لو شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط فيكون كالمفقود في بلاد المسلمين ويجري فيه ما مر . وقد نقل ابن عرفة عن مالك وابن القاسم أنها تعتد من

يوم التقاء الصفين [1] .

(ب) ماله : وماله يورث عنه حين الشروع في العدة . ومثل فقيد المعركة بين المسلمين المرتحل من بلده لبلد الطاعون فغاب وفقد في زمنه فتعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون . ومثل الطاعون كل وباء فيه الموت أو كارثة فيها الموت كحريق عام أو غرق شامل يفقد كل من يجده في طريقه .

رابعًا : المفقود في حرب بين الكفار والمسلمين : تعتد زوجته بعد مضي سنة بعد النظر في أمر المفقود من السلطان . وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك أنه يضرب لامرأته أجل سنة من وقت النظر لها ثم يورث عند انقضائها وتنكح زوجته (تتزوج) بعد العدة .

وقال ابن رشد يتلوم [2] له سنة من يوم رفع أمره للسلطان .

ومن هذا البيان يتبين أن المفقود ليس له حكم واحد كما في التشريع الوضعي فكل غائب له ظروف واعتبارات خاصة وعِللٌ يتغير معها الحكم وهو المعقول الذي يتفق مع مصالح البشر . وما دام لم يحكم بموته أو لم يحضر فالتركة باقية على ملك الغائب والمتصرف فيها كوكيل عن الغائب . فإن عاد سلِّمت له جميع أملاكه وما نتج عنها من ثمرة أو فائدة . فإن كان وكيل الغائب أو المعين من قبل القاضي له أجر على العمل أخذه وإلا سلمت جميعها لصاحبها .

وإن ثبت أن الغائب توفي رُفع الأمر للقاضي وحكم بموته بعد سماع الأدلة بدون انتظار للأجل المحدد في أي حالة ، فتصفى تركته ويعطى لكل ذي حق حقه .

متى مضى الأجل المضروب لكل حالة كما سبق أو بلغ سن الغائب سن التعمير وهو 70 أو 75 أو 80 سنة انتقلت الغيبة إلى حكم الوفاة ورفع الأمر للقاضي ليحكم بالوفاة وحينئذ يقسم تركته بجميع مالها وما عليها . ولو ظهر حتى بعد الحكم بالوفاة وبعد تقسيم التركة أخذ ما وجده من تركته قائمًا على حالته التي وجدها عليه وليس له استرجاع ما تصرف فيه الورثة لأنهم تصرفوا بحق فلا ينقض تصرفهم .

افتراض الغيبة : يفترض المشرع الإسلامي غيبة الشخص المفقود من وقت عدم

---

(1) يقول الدردير : [زوجة الأسير والمفقود التي يضر بها الترك تمكث مدة التعمير إن دامت نفقتها ، وإلا فلها التطليق لعدمها ، وهو سبعون سنة من ولادته فيورث ماله وتعتد زوجته عدة وفاة] . الشرح الصغير جـ 2 ص 165 .

(2) التلوم الانتظار والتلبث انظر لسان العرب مادة لوم 4101/5 .

ظهور أخباره وعدم ظهور موضعه . ولهذا يضرب له الأجل الذي يختلف باختلاف ظروف الغيبة وزمانها ومكانها .

وهو أربع سنوات أو سنة أو لا أجل مثلًا كمفقود المعترك بين المسلمين . فوقت افتراض الغيبة هو بعد التحري من مواضع مظان وجوده ، وعودة الأخبار بعدم معرفة موضعه . ومن هذا الوقت تتخذ الاحتياطات التحفظية على أموال الغائب إن لم يكن له وكيل ، أو كان واشتكى منه الورثة أو أصحاب الحقوق . والوكيل أو القيم على هذا الغائب هو الذي يمثله في التقاضي له وعليه ، ويدافع عن حقوقه ، ويقبضها له خصوصًا الميراث والديون المستحقة له وقت غيبته . وللورثة ودائني الغائب وشركائه الحق في طلب تعيين قيم له لحفظ ماله ولصحة التعامل معه قانونًا . فإذا لم يقم أحد بهذا الحق تعين على الحاكم فعل ذلك ، لما فيه مصلحة الغائب . فإن لم يفعل الحاكم تعين على جماعة المسلمين . والحاكم المختص هو محل إقامة الغائب الشرعية .

والذي يعلن الغيبة هو من تولى الكشف عن حال الغائب فيضرب الأجل ، ولا يحتاج لشيء آخر ؛ فلا تحتاج الزوجة بعد انقضاء الأجل إلى إذن الإمام أو الحاكم أو القاضي في العدة . ولا تحتاج بعد العدة إلى إذن في التزويج لأن إذنه حصل أوّلا بضرب الأجل .

وأما في قسم التركة فلا بد من حكم بالوفاة ، إما لثبوتها بالأدلة ، وإما لمضي مدة التعمير فيحكم بالوفاة .

وليس في التشريع الإسلامي استحقاق الميراث المؤقت . لأن استحقاق الميراث معناه الملكية فلا تتفق مع ميراث مؤقت ، لأن المعاملات بين الناس يجب أن تبنى على أساس صحيح لا تغرير فيه . فما دام لم يحكم بوفاة الغائب فلا ميراث لأحد ولا ملكية لأحد ، فيبقى المال على ملك صاحبه الغائب حتى يعود أو يموت أو يحكم بموته . وكل تصرف في هذا المال حتى ولو كان من وارث فهو تصرف في غير ما يملك .

واستحقاق الورثة للتركة المخلفة عن الغائب تكون من يوم وفاته حقيقة أو الحكم بوفاته لبلوغه سن التعمير . وما دام استحقاق الميراث لا يكون إلا من يوم وفاته حقيقة أو حكمًا فليس لأحد طلب وضع يده أو وضع يده بالفعل عليها إلا لمجرد الحفظ . ويعتبر مسؤلًا عنها كوكيل عن الغائب له أجر عمله إن حكم له به أو عين بأجر .

والأصل في تعيين القيم على أملاك الغائب الثقة والاختيار ، وهذا عمل لا يراد

منه الكسب ولا الاستثمار ، وإنما يراد منه حفظ مال الغائب ؛ فلو طلب الحاكم من القيم تقديم كفيل أو ضمانة مثلًا لأحجم الناس عن الإقدام على تحمل هذه المسئولية . ولكن على الحاكم أن يتخير المليء الثقة المشهور بالسمعة الطيبة الذي في ماله ما يكفي لضمان ما عساه أن يفقده أو يضمنه إذا تعدى .

طلب وضع اليد نهائيًا : طلب وضع اليد النهائي هو طلب الحكم بالوفاة حقيقة متى أمكن إثبات ذلك وحكمًا متى مضت مدة التعمير . والعمر الذي يمكن أن يبلغه الناس عادة 70 أو 75 أو 80 سنة ، وليس مائة سنة فهذا نادر والنادر لا حكم له . وإنما تبنى الأحكام على الكثير الغالب . ويجب لوضع اليد النهائي صدور حكم بوفاة الغائب حقيقة أو اعتباره متوفيًا لبلوغه فوق ما يعيش إليه أمثاله ، وهو سن التعمير .

ومتى صدر حكم الوفاة اقتسم الورثة التركة حسب الأنصبة الشرعية ؛ فإن حضر المفقود بعد ذلك أخذ ما بقي عينًا من أملاكه متى بقيت على حالتها . وما تصرف فيه الورثة ببيع أو هبة أو بدل أو ترتيب حقوق عينية على أعيان التركة فهي صحيحة لا يملك المفقود نقضها[1] .

بند [71] نتائج الغيبة بالنسبة للميراث المستحق للغائب

القانون الفرنسي : إذا استحق الغائب في ميراث قبل انقطاعه عن الظهور أو قبل وصول آخر أخبار عنه فلا نزاع في ملكيته لما ورث فلواضعي اليد مباشرة حقوق

(1) جاءت المادة الحادية والعشرون من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بالنص على أنه : « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . وأما في جميع الأحوال ، الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنه الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا » . وكذا نصت المادة الثانية والعشرون من هذا المرسوم على أنه : « بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

وقد عدلت المادة 21 بالقانون رقم 230 لسنة 1992 فأصبح منطوقها : « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده . ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان بين أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية . ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال ، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة . ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود . وفي الأحوال الاخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي ، على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا » .

الغائب فيما ورث ، فإن استحق الميراث بعد غيبته أو انقطاع أخباره فليس لواضعي اليد العمل للاستيلاء عليها ؛ لأنه لا يمكنهم إثبات وجوده واستحقاقه وقت وفاة المورث فيستحقها الوارث معه كأن هذا الغائب ، لم يكن أو يستحقها من يستحق بعده لو لم يكن موجودًا وطبيعة حق هذا الوارث هي :

(1) أنه يملك ما ورث لغيبة هذا الغائب بمضي المدة وهي 30 ثلاثون سنة .

(2) ليس عليه تقديم الضمان الذي يقدمه واضع اليد مؤقتًا على أملاك الغائب .

(3) ليس عليه إرجاع أي شيء من الإيراد إذا ظهر الغائب بل يعتبر بنية حسنة فيتملك كل الثمار بدون أي تعويض أو رد .

إذا ظهر الغائب أو وردت أخبار تدل على وجوده فعلى من حاز حقه في الميراث أن يرد نصيبه الذي استولى عليه لعدم التيقن من حياته وقت استحقاق هذا الميراث إلى الغائب نفسه أو من يمثله .

نتائج الغيبة بالنسبة للزواج :

الغيبة ليست سببًا في حل عصمة الزوجية لأنها ليست دليلًا على الوفاة ، بل فيها شك في وجود الغائب ، وينتج عن عدم حل العصمة في الزواج بسبب الغيبة أن المرأة المتزوجة تبقى غير أهل للتعاقد فتطلب الإذن لها من القضاء بدل زوجها الغائب فيما يشترط فيه إذن الزوج ، وليس لأحد الزوجين أن يتزوج مرة أخرى مادام لم يثبت وفاة زوجه .

نظام الزواج غير شركة الزوجين :

مجرد إعلان الغيبة يضع حدًّا لعقد ترتيب أموال الزوجين في الزواج المغاير لشركة الزوجية بين الزوجين وإن كان الزواج نفسه باقيًا .

ففي نظام المهر يمكن للمرأة طلب تسليمها أعيان المهر فتتولى هي الإدارة وتستولي على الإيراد . وفي نظام استبعاد شركة أموال الزوجين يمكن للزوجة استرداد كل الأملاك التي للزوج إدارتها واستغلالها .

وفي نظام شركة الزوجية للحاضر من الزوجين اختيار أحد أمرين إما استمرار شركة الزوجية مؤقتًا وإما حلها ، ومدة استعمال هذا الحق تنتهي قبل وضع اليد على التركة ولكل حالة من الحالتين أحكام خاصة .

أولًا : اختيار استمرار شركة الزوجية : ينتج عن هذا الاختيار منع وضع اليد من أصحاب الحقوق على أملاك الغائب ، ويدير أملاك الشركة والأملاك الخاصة أحد الزوجين الحاضر دون تفرقة بين الرجل والمرأة ، ويجب على الزوج الحاضر عمل حصر أملاك الغائب ليكون أساسًا للتصفية ، ولكن ليس عليه تقديم ضمان ، فإن كان الرجل هو الباقي فلا تغيير في تصرفاته ، وإن كانت المرأة فهي كواضع اليد مؤقتًا ، ولكن ترجع لإجازة القاضي فيما تجب فيه إجازة الزوج ، والثمرات ترجع للزوج الحاضر أو الزوجة كواضع اليد .

وينتهي استمرار شركة الزوجية متى عاد الغائب ، أو مات ، أو صدر أمر القضاء بوضع اليد نهائيًا أو بوفاة الحاضر أو بتنازله عن استمرار شركة الزوجية .

ثانيًا : اختيار انحلال شركة الزوجية : وينتج عن هذا أن أحد الزوجين الحاضر يأخذ ما أحضره وكل حقوقه القانونية والمشروطة مع تقديم الضمان لردها عند الحاجة . وبالجملة فحالته كحالة واضع اليد المؤقت . وتنتهي هذه الحالة إما برجوع الغائب فتعود شركة الزوجية ، وإما بثبوت الوفاة فتصفى التركة معتبرة من يوم الاختفاء .

نتائج الغيبة بالنسبة إلى الحقوق الأبوية والوصاية على أطفال الغائب .

افتراض الغيبة : إن غاب الأب وكانت الأم حية حاضرة باشرت الأم الحقوق الأبوية بدون إقامة وصي على القصر ، فإن ماتت الأم وجب تعيين ملاحظ بمجلس العائلة أو الأصول في مدى ستة أشهر ، أو يعين وصي مؤقت . وكذلك لو اختفت الأم بعد اختفاء الأب ، ولو اختفت الأم قبل الأب فالحكم واحد .

وقد أعلن قانون بأحكام الغيبة فيمن غاب في الحرب الكبرى سنة 1914 فلا حاجة إليه لأنه قانون أوحت به ضرورة الحرب .. اهـ .

تمت ترجمة هذا القانون يوم الثلاثاء الساعة 8 مساء 4 نوفمبر سنة 1941 موافق 16 شوال سنة 1360 هجرية ، وقد كانت الحال مضطربة بمصر من خطر الحرب المحدق بها في كل وقت من الألمان والطليان وما كانوا يلقونه على مدن القطر المصري من قنابل محرقة وقنابل شديدة الانفجار وكم أخذت من ضحايا وهدمت من بيوت ، وكم صوتت زمارة الإنذار في جوف الليل الهادئ بالغارات فيهب الناس مذعورين إلى المخابئ فمنهم من يلاقي حتفه حتى بالمخابئ ، ومنهم من يطير عقله ويختل لبه . ولا يدري أحد متى تنكشف هذه الغمة ويبسط الصلح أجنحته

على وجه الأرض وتنتهي الحرب التي أكلت الأخضر واليابس ولله في خلقه شئون يفعل ما يشاء . واللّه يفعل ما يشاء ويريد (كان هذا مكتوبًا في ذيل الترجمة) فنقلته للذكرى والتاريخ بعد انتقالنا من دار الدنيا إلى الرفيق الأعلى [1] .

بند [72] نتائج الغيبة بالنسبة للميراث

التشريع الإسلامي : الغائب لا يخلو حاله إما أن يكون استحق ميراثًا وهو حاضر قبل أن يغيب ولكن لم يتسلمه ولم يضع يده عليه . وفي هذه الحالة يكون الميراث المستحق قد دخل في ملك الغائب وحكمه حكم جميع أملاكه ، فعلى وكيله إن كان له وكيل وعلى قيمه الذي يعينه الحاكم العمل على تسلم هذا الحق ووضع اليد عليه باسم الغائب واستغلاله له ، فإن قصر فهو مسئول عن ضياع هذه الحقوق .

وإمَّا أن يستحق ميراثًا وهو غائب ولم يتبين حاله حيًّا أو ميتًا ، وهذه الحالة تقتضي بحثًا دقيقًا لأنه يشترط في الوارث تحقق حياته بعد وفاة مورثه ، وبما أن الغائب في حالة شك بين الموت والحياة فلا يصح اعتباره وارثًا وتسليم الحاضر عنه نصيبه في تركة مورثه . ولا يصح اعتباره ميتًا قبل وفاة المتوفى المورث فيحرم من الميراث لجواز أن يكون حيًّا ولم نطلع عليه . لهذا فالواجب يقضي بعدم تسليم نصيبه وعدم حرمانه بل حفظ حقه على القواعد الآتية حتى يعود أو يتبين موته أو تمضي مدة التعمير وذلك :

إن مات مورث المفقود وهو مفقود قُدِّر المفقود حيًّا بالنسبة لإرث بقية الورثة ، وقدر ميتًا ، ووقف المشكوك فيه وهو نصيب المفقود ، وما اختلف فيه حاله من نصيب غيره فإن ثبتت حياته أو موته ببينة فالأمر واضح وإن مضت مدة التعمير فكالمجهول .

فإن ماتت زوجة وأم وأخت ، وكان لها أب مفقود ، فعلى فرض حياته تكون المسألة من ستة ، وعلى فرض موته تكون من ستة كذلك وتعول إلى ثمانية فتضرب الوِفق في الكل فتكون من أربعة وعشرين للزوج تسعة 9 من 24 وللأم 4 من 24 ووقف الباقي 11 من 24 ، فإن ظهر أنه حي فللزوج ثلاثة 3 من 24 وللأب ثمانية 8 من 24 ، وإن ظهر موته أو مضى التعمير فللأخت تسعة 9 من 24 ، وللأم اثنان 2 من 24 .

وتفصيل ذلك في فرض تقديره حيًّا أن للزوج النصف 2/1 ، وللأم ثلث الباقي

---

(1) انظر : البنود من 120 إلى 143 ، في البابين الثالث والرابع ، من الكتاب الرابع ، من المقالة الأولى ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 32 – 38 .

وهو 3/1 ، وللأب ثلثا الباقي وهو 3/2 فالمسألة 2 × 3 = 6 ولا شيء للأخت ؛ لأن الأب يحجبها حرمانا ومنها تصح قسمتها .

وعلى فرض تقدير الغائب ميتًا فإن للزوج 2/1 النصف ، وللأم 3/1 الثلث ، وللأخت النصف فهي 2 × 3 = 6 ولكن قسمتها لا تصح من ستة فتعول إلى ثمانية بمثل ثلثها فللزوج النصف 8/3 ، وللأم 8/2 ، وللأخت 8/3 .

فالثمانية في الفرض الثاني وهو (وفاة الغائب) توافق الستة في المسألة الأولى المفروض فيها (بقاء الأب حيًا) بالأنصاف فنضرب نصف أحدهما في كامل الآخر 4 × 6 أو 3 × 8 = 24 .

فالزوج يكون له في المسألة العائلة أقل من غير العائلة ، فيأخذ المحقق بتقدير موت الأب وهو 24/9 ، والأم يكون لها في العائلة أكثر وفي غير العائلة أقل ، فتأخذ المحقق بتقدير حياة الأب وهو سدس .

ويوقف 24/11 فإن ثبتت حياة الأب أخذ الزوج من الموقوف 24/3 تتمة النصف ويأخذ الأب ثمانية ، وقد أخذت الأم ما يخصها على هذا التقدير وهو أربعة . وإن ثبت موته أو مضى التعمير أخذت الأخت مما وقف تسعة 24/9 وتأخذ الأم اثنين 24/2 ، وأما الزوج فإنه أخذ حصته على هذا التقدير وهو 24/9 .

والمراد بمضي التعمير مضي مدة لا يعمرها أمثاله وقدرت بسبعين أو 75 أو ثمانين . وهل يكفي مضى مدة التعمير فيستحق الوارث نصيبه من غير حكم باعتباره ميتًا ، أو لابد من صدور حكم باعتباره ميتًا حتى يستحق الوارث نصيبه في التركة الموقوفة ؟ خلاف . والصحيح أنه لا بد من صدور حكم باعتباره ميتًا .

فالأربعة والعشرون تقسم على ستة مسألة الحياة فيخرج جزء السهم وهو 4 أربعة ، وعلى ثمانية وهي مسألة الموت يخرج 3 فكل من له شيء في مسألة الحياة وهي ستة أخذه مضروبًا في 4 أربعة وِفق مسألة الموت ، ومن له شيء في مسألة الموت وهي ثمانية أخذه مضروبًا في ثلاثة وفق مسألة الحياة .

فورثة الغائب فيما أُوقف له من مورثه حتى تتبين حالته لا يملكون فيه شيئًا لأنه يحتمل ظهوره حيًا ، ويحتمل موته والتركة لا تقسم عند الشك . وقد سبق أن أوضحنا أن ورثة الغائب لا يضعون أيديهم على تركته يتصرفون فيها حتى يعود ،

لأن هذا تصرف على غيره حقيقة في ملك الغير واختلاس ثقة الناس وغش وخديعة في مال يظن الناس أنه ملكه فيعاملونه على هذا الأساس ، ثم في طرفة عين يزول هذا الاعتقاد وتذهب ثقة الناس عند ظهور الغائب حيًّا ؛ لهذا بنى المشرع الإسلامي معاملة الناس على أسس ثابتة فلا حرم الغائب من حقه ، ولا أعطاه لأحد بل حفظه حتى تتبين حياته من موته ، وحينئذ فقط يعلم الناس إن كان المال ملكًا لورثة الغائب أو ملكًا لصاحبه ، فلا يملك الميراث بمضى مدة 30 سنة كميراث عن الغائب لأن وضع اليد على ملك الغير اغتصابًا لا يفيته على مالكه ، خصوصًا إذا كان غائبًا ، ولا يعلم بوضع اليد على أملاكه من الغير .

نتائج الغيبة بالنسبة للزواج :

قضى التشريع الوضعي بعدم زواج أحد الزوجين مدة غياب قرينه في أي حال مهما كانت الظروف ، واعتبر أن الغيبة لا تقتضي حل الزواج حتى يحكم بوفاة الزوج حقيقة أو يبلغ فوق المائة فيحكم باعتباره ميتًا ؛ فهي مصيبة نزلت بأحد الزوجين الباقي ، ولا مخلص له منها .

وما كان للتشريع الإسلامي أن ينحو هذا النحو وما كان له أن يتهرب من مجابهة الحقيقة ، وهو تشريع إلهي بُني على مصالح الناس الحقيقية بلا مواربة ولا خديعة ، فنظر إلى قدر الضرورة وحكم بقدرها وبنى حكمه على ظروف الغيبة فالزوجة بشر لها طبيعة تكوينها التي تطلب إشباعها ، فيجب مسايرتها في حِلٍّ ، وعدم تركها تبحث في الظلمات عن غضب اللّه ، وعن العبث بالنظم الاجتماعية المنزلة من حكيم حميد .

فلا يصح عقلًا أن تحكم على شابة في عنفوان شبابها أن تبقى راهبة فلا هي متزوجة يعفها زوجها وتعفه ، وينسلان خلقًا سويًّا ، ولا هي مطلقة فتبحث عن زوج يعضدها في الحياة ويمنع سقوطها في هاوية الشهوات ؛ لهذا كان حكم التشريع الوضعي لا مصلحة فيه وهو حكم جائر خال من المصلحة الاجتماعية والخُلُقية .

وحكم التشريع الإسلامي في الزواج كالآتي :

أولًا : زوجة المفقود في بلاد الإسلام في غير زمن فتنة أو وباء : في هذه الحالة يُظن وجوده حيًّا ، فيرفع الأمر للحاكم فيسأل المعارف والجيران وفي مظان وجوده ، ثم يبعث لحكام البلاد باسمه وحرفته وأوصافه ، فإذا عاد إليه الخبر بعدم معرفة

موضعه وعدم ظهور أخباره ضرب لها الحاكم أجلا أربعة أعوام ، وبعد نهايتها إن لم تظهر أخباره أو يحضر تعتد الزوجة عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وبعد العدة تتزوج بلا إذن جديد في العدة ولا في الزواج .

وقد تقدم حكم ظهور الغائب بعد الزواج أو قبل الدخول فارجع إليه إن شئت .

هذا الحكم مبني على إمكان الكشف عن أمر الغائب لأنه في بلاد الإسلام .

ثانيًا : زوجة الأسير وزوجة المفقود في أرض الشرك : في هاتين الحالتين لا تتزوج الزوجة إلا إذا صح موته ، أو يمضي عليه من الزمن ما لا يعيش إليه مثله ، وهو أجل التعمير 70 سنة أو 75 سنة أو 80 سنة خلاف .

وهذا الحكم مبني على عدم إمكان الكشف على أمر الغائب في بلاد لا سلطان للحاكم المسلم عليها فيجب الاحتياط الكامل ، حتى يثبت موته حقيقة أو حكمًا ، فتعتد زوجته عدة الوفاة ثم تتزوج إن أرادت .

ثالثًا : مفقود المعترك بين المسلمين لفتنة بينهم ، والمرتحل لبلد الطاعون أو وباء أو قتال ففقد في زمنه : تعتد زوجتهما عدة وفاة بعد انفصال الصفين أو نهاية الوباء إذا شهدت البينة العادلة أنه حضر المعترك . فيُحمَل أمر من فُقد في هذه الأحوال على الموت فلا داعي لضرب الأجل مع وجود القرائن القاطعة على وفاته ، حيث كان في المعترك . أما لو شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط فيكون كالمفقود في بلاد المسلمين ويجري فيه ما مر . وقد نقل العلامة ابن عرفة عن مالك وابن القاسم أنها تعتد من يوم التقاء الصفين .

رابعًا : مفقود في حرب بين الكفار والمسلمين : تعتد زوجته بعد مضي سنة بعد النظر في أمر المفقود من السلطان لغلبة الظن في أمره بالموت ، ولهذا تؤجل سنة ، ثم تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام [1] . وقد روى أشهب وابن نافع عن الإمام مالك أنه يضرب لامرأته أجل سنة من وقت النظر لها ثم تعتد زوجته عدة الوفاة . وقال ابن رشد : يُتَلَوَّم له سنة (ينتظر له سنة) من يوم رفع أمره للسلطان

---

(1) هذا الرأي في المذهب المالكي هو أساس التعديل الذي جاء به قانون رقم 230 فيما سبقت الإشارة إليه قبل قليل . وقد أصبحت مدة انتظار المفقود في الأحوال التي يغلب معها الهلاك سنة واحدة ، وذلك لما إذا دلت البينة على أنه ركب طائرة احترقت أو سفينة غرقت .

ثم تعتد عدة وفاة . كل هذا إذا ترك المفقود الغائب لزوجته مالًا تنفق منه ، فإن لم يترك لها ما تنفق منه فلها الحق في طلب حل عصمتها (طلاقها) من زوجها الغائب للغيبة والإعسار ، ويجيبها القاضي إلى طلبها متى أثبتت دعواها . وبما أنه لا يوجد نظام شركة الزوجين في التشريع الإسلامي فلا حكم له فيه ، لأن التشريع الإسلامي بني على الحرية التامة في الأملاك وأن الزوج لا يملك حق التصرف في أملاك زوجته إلا بإذنها كوكيل عنها ، وكذلك الزوجة بالنسبة لأملاك الزوج إلا في حدود واجب الإنفاق بالمعروف عليها وعلى أولادها منه [1] .

نتائج الغيبة بالنسبة للحقوق الأبوية والوصاية :

متى غاب الأب وقفت الحقوق الأبوية لعدم وجود الأب فتنتقل إلى من يخلفه إن كان [2] ميتًا ، فيعين لأولاده وصي (قيم) يقوم بشئونهم ويمثلهم في اقتضاء وقضاء ديونهم ، ويصح أن تكون الأم متى كانت أهلًا للقيام بذلك . هذا إذا لم يكن الغائب أقام له وكيلًا قبل غيبته . فإن كان له وكيل اتبع في تصرفه نص الوكالة من عموم وخصوص . ويصح أن يكون قد عين على أولاده شخصًا معينًا حال غيبته أو موته ويسمى وصيًا مختارًا . وكذلك يصح أن يكون وصيًا عامًا أو خاصًا ، ولا يصح للأم مباشرة مصالح أولاد الغائب من غير تعيين القاضي لها بعد النظر في صلاحيتها لذلك . ويصح تعين غيرها مع وجودها نظرًا لمصلحة القصر أو عديمي الأهلية . هذا إذا اختفى الأب .

فإن اختفت الأم وكان القُصّرُ منهما تولى الأب شئون أولاده كما هو ، غير أنه إذا كان لأولاده مال عن أمهم أو عن غيرها وجب على الأب المحافظة عليه وتنميته لهم ، فإن أساء التصرف ضمن ونُزِع المال من تحت يده ، وعين الحاكم من يقوم بإدارته وحسن التصرف فيه لعديمي الأهلية .

---

(1) يقول الدردير : [تعتد زوجة المفقود في أرض الإسلام عدة وفاة إن رفعت أمرها للحاكم ... فيؤجل الحر أربعة أعوام .. ومفقود أرض الشرك . وتعتد في غير ذلك لمدة التعمير وهو سبعون سنة من ولادته فيورث ماله وتعتد الزوجة عدة وفاة . إلخ] . الشرح الصغير جـ 2 ص 164 ، 165 .

(2) في الأصل : [إن لو كان] .

نتيجة المقارنات من بند 55 إلى نهاية بند 72

يتفق التشريعان فيما يأتي :

تنفيذ الوصية - منفذ الوصية - بطلان الوصية وإلغاؤها وبطلان عملها - إلغاء الوصية - بطلان عمل الوصية - نتائج بطلان الوصية - بعض عطايا خاصة - (هبة في عقد ترتيب أموال الزوجين في الجملة) - الهبة بين الزوجين مدة الزواج (في الجواز لا في الرجوع) - الهبة أو الوصية المنتقلة (في الجملة) - الوقف - الغيبة النتائج العامة للغيبة - نتائج الغيبة بالنسبة للميراث المستحق للغائب - نتائج الغيبة بالنسبة للزواج - نتائج الغيبة بالنسبة إلى الحقوق الأبوية والوصاية على أطفال الغائب .

هذا ما أردت ترجمته ومقارنته في أحكام التشريع الوضعي الفرنسي والتشريع الإسلامي ، ولعلي قد وضعت أساس البحث لمن يأتي بعدي فيتم ما بدأته لأن الكمال لله وحده وهو الباقي بعد فناء خلقه .

وإني وأنا أخط هذا ليلة الأحد الموافق 16 ج ل سنة 1364 هـ - 28 أبريل سنة 1945 م لا أدري هل يطول بي الأجل حتى أطبع هذا الكتاب وأنشره للخاص والعام ، أم يقصر بي الأجل فيذهب مع الريح أو يتبناه غيري ويغير معالمه وينسبه لنفسه لأن السرقة والاغتصاب كما يكون في المال يكون في التأليف والعلم .

وإني أودع هذا شهادة أن اللّه إله واحد لا شريك له ولا ولد وأن محمدًا نبيه ورسوله أرسله اللّه رحمة للعالمين ، وأن اللّه أرسل أنبياءه ورسله وأنزل كتبه وجعل ختامهم بعثة محمد ﷺ والقرآن المنزل عليه فيه هدى للمتقين ، وآمنت بالغيب ، وبما جاء به الأنبياء والرسل وما نزل عليهم من وحي .

وإني أتوب إلى اللّه وأستغفره وأسأله جل شأنه أن يجعل هذا المؤلف خالصًا لوجهه جل شأنه ، يحييه إذا أماتني ويجعله حجة لي بين يديه أني بلّغت المسلمين وحكامهم أن يرجعوا إلى دينهم القويم ويحكموا به ويتحاكمون إليه ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [المائدة : 47] .

اللّهم إني بَلغت فاشهد ، وأنت خير الشاهدين ، وصل اللّهم على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم .

اللّهم اغفر لي وسامحني واعف عني وتجاوز عن سيئاتي وأكرم نزلي عندك ، واقبلني قبولًا حسنًا يوم وحدتي ، ويوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى اللّه بقلب سليم وحسبي اللّه وكفى به وكيلا في حياتي ومماتي فنعم المولى ونعم النصير آمين .

ابتدأت هذا في 2/25 سنة 1940 ، واختتمته في 4/28 سنة 1948 فمدته ثمان سنين وشهران وثلاثة أيام .

معلومات

يطيب للمؤلف أن يذكر بعض ما صادفه مدة تأليف هذا الكتاب من رجال الأزهر حفظهم اللّه وأبقاهم وأثابهم وعفا عنهم ليكون على الزمن ذكرى ولمن يأتي بعدي عبرة واللّه خير الشاهدين .

مضت مدة وأنا في عراك شديد بيني وبين نفسي لوضع هذا الكتاب ، وكنت أتساءل كيف يمكن لمثلي أن يقوم بعمل ضخم دقيق يحتاج لوقت ولصبر وبحث واستقصاء ، وهل إذا أقدمت سأفلح وسيكون لعملي أثره الذي أرجوه وعلى الرغم من هذه الأسئلة ، وعدم استقرار نفسي تملكني الأمل ووثقت باللّه وهو القادر على كل شيء فأصبح هذا العمل عقيدة ، والعقيدة هي الحياة فتوكلت على اللّه للقيام بهذا الواجب لديني ، وهو خير الأديان ، ولتشريعه وهو خير كفيل بسعادة البشر في دنياهم وأخراهم .

وكنت أستعير المراجع من دار الكتب المصرية ومن مكتبة الأزهر ، وقد لاقيت ترحيبًا وإجابة لكل من تعاملت معه أو طلبت منه شيئًا . وكان ممن رجعت إليه في بعض نصوص رأيت أنها مخالفة لنص صريح في مذهب مالك ، وأنا موقن أن هناك قولًا لبعض مجتهدي المذهب خصوصًا الأندلسيين حضرة الشيخ محمد عبد الفتاح العناني شيخ السادة المالكية فلم يقنعني وإن كان حافظًا لمتن خليل . وبعد ترددي عليه عدة مرات عرض عليّ أن نخبر حضرة شيخ الإسلام بهذا الموضوع الخطير وكان المرحوم فضيلة الشيخ محمد المراغي ، فقبلت مرغمًا لعلمي أن الأمر إذا انزلق إلى لجنة أو لجان أو وُكِل إلى غير أهل من المدَّعِين كان مآله الفشل والحبوط . فلما وصلت الإدارة لمقابلة فضيلة الأستاذ وجدت من الحاشية أسئلة كثيرة لماذا ولماذا كنت وحدك تقوم بهذا العمل وهو يحتاج إلى جماعة ؟! وأخيرًا بعد الخلوة بين الشيخين جاءني سكرتير الأستاذ الأكبر يخبرني بلطف أن الشيخ مشغول الآن ، وهو يريد مقابلتكم ، ومتى سمحت أوقاته سيتصل بكم . وهكذا لم أقابل الشيخ الأكبر حتى لاقى اللّه جل وعلا . وكان ما اعتقدته وأخبرت به الشيخ العناني . وللّه في خلقه شئون فدارت الأيام ، وعيِّن الشيخ بدل الشيخ ، ثم غيره ، وكان البرلمان المصري ينظر القانون المدني الجديد ، وكنت أظن أن الوقت

قد حان لاسترداد القانون وبحثه على ضوء التشريعات الإسلامية ، ولكن إرادة الله لم تتحقق وسارع مجلس النواب ومجلس الشيوخ إلى إبرامه وإصداره .

ولقد كتبت الجواب الآتي وأرسلته إلى حضرات :

فضيلة الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر والمعاهد العلمية الدينية	رقم 8
فضيلة الأستاذ مفتي الديار المصرية	رقم 3
فضيلة الأستاذ وكيل الجامع الأزهر	رقم 9
فضيلة الأستاذ مدير عام المعاهد العلمية الدينية	رقم 7
فضيلة الأستاذ مراقب عام المعاهد العلمية الدينية	رقم 10
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد الإسكندرية	رقم 4
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد طنطا	رقم 5
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد القاهرة	رقم 6
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد الزقازيق	رقم 1
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد دسوق	رقم 2

موصى عليه ونصه :

حضرة صاحب الفضيلة ....

السلام عليكم ورحمة الله وبعد ، فقد وجهت نداءً إلى علماء الإسلام في شخص فضيلة المرحوم الشيخ مصطفى عبد الرازق شيخ الإسلام نشرته مجلة الأزهر عدد صفر سنة 1366 هـ مجلد 8 وقد لاقى ربه في رحمته ورضوانه ، ولا زال هذا النداء موجهًا لفضيلتكم لأن أسبابه لا زالت قائمة .

والآن استصرخكم أن تلبوا دعوة الله إذا دعاكم للدفاع عن دينه ، فإن الأمر موجه إلى فضيلتكم في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَۖ وَإِن لَّمۡ تَفۡعَلۡ فَمَا بَلَّغۡتَ رِسَالَتَهُۥۚ ﴾ [المائدة : 67] كما أنزل على صاحب الرسالة الأعظم . لقد سمعتم وقرأتم بحث القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري ، ولم يبق على إقراره ليجب العمل به إلا هذه الدورة من هذه السنة ؛ وبذلك يتم إبعاد التشريع

الإسلامي نهائيًا عن تشريع البلاد ، وينتقل تشريعنا الحالي إلى قانون مأخوذ من ستة عشر تشريعًا وضعيًا من أمم مختلفة تتباين معنا في عرفنا وعادتنا وديننا وقوميتنا .

على أن القانون المعمول به الآن قد أُخِذ في أصله من تشريعين أو ثلاثة .

ليس هذا تجنيًا على واضعي القانون المدني الجديد ، ويكفي لمعرفة ذلك قراءة البند الثاني من المادة الأولى التي أهدرت التشريع الإسلامي ونصها :

(1 بند 2 - فإن لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) فقيّد العمل بالتشريع الإسلامي بالأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون . فهي موجودة نصًا لذر الرماد في العيون حتى تتم المؤامرة .

كيف تسمحون ولكم الرأي المسموع أن يكون دين الدولة الرسمي الإسلامي وقانونها المدني مأخوذ من ستة عشر تشريعًا وضعيًا ، هذا منتهى ما تقف عنده العقول ؟!

كيف تسمحون ولكم الرأي المسموع أن تكون مصر زعيمة الشرق ومنبع الإسلام والمحافظة عليه ويقصدها كل المسلمين ليغترفوا من أزهرها العامر ، ثم يكون حكمها بغير التشريع الإسلامي فماذا يقال عنا ؟! لا شك أننا متناقضون مع أنفسنا .

كيف نحتفل بالأعياد الإسلامية ، ونصوم ونصلي ، ونتحاكم بغير ما أنزل اللّه .

أيها السيد الجليل اجمعوا شملكم وطالبوا الحكومة بسحب القانون قبل حصول الطامة الكبرى على مصر كعبة الإسلام والمسلمين ، واعرضوه على جماعة العلماء ليقولوا كلمتهم .

لقد اتهم مشايخنا وقت عمل القانون المدني بأنهم فرطوا ، واللّه يعلم أنهم غلبوا على أمرهم ، ولكن ما ذنب العلماء اليوم فلا تخشوا الناس واللّه أحق أن تخشوه .

لقد أجمع القوم عزمهم على إمراره مهما كان الأمر وصموا آذانهم حتى عن سماع معارضيهم ، فليس إلا شيء واحد ينقذ الأمة الإسلامية ويعيد لها تشريعها الإسلامي . ذلك ملاذ الأمة وتاجها ورحاب مليكها المسلم الصالح ، فاستعيذوا

باللّه والجأوا لعرش الفاروق ؛ فإنه واللّه لا يخيب رجاء أمته فيه ، حفظه اللّه للإسلام والمسلمين ملاذًا وموئلًا أسمى مدى الأيام .

هذه دعوتي أبلغها إلى كل مسلم ومسلمة تصل إليه ، وإني أشهد اللّه أني بلغت واللّه خير الشاهدين .

والسلام عليكم ورحمة اللّه .

هذا ولم يحرك واحد منهم شيئًا ومر القانون وأصبح واجب النفاذ في التحاكم ، وهذا لا يدخل اليأس في قلبي ، وسيأتي وقت العمل بما شرع اللّه إن عاجلًا أو آجلًا ، وهو يوم عيدي في الأرض إن كنت حيًا ، وعيدي في السماء إن كنت ميتًا وكفى باللّه شهيدًا .

المراجع الأساسية

لكتاب المقارنات التشريعية

1 – مختصر أصول القانون المدني لمؤلفه الأستاذ رينيه فوانييه (الطبعة الحادية عشرة سنة 1922 م طبعة باريس) .

2 – المجموعة الصغيرة لدالوز : للمسيو هنري بوردو (طبعة باريس سنة 1922) .

3 – مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء : لسيدي خليل أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب . وبهامشه التاج والإكليل لسيدي محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق (مطبعة السعادة بمصر طبعة أولى سنة 1329 هـ) .

4 – شرح العلامة الرباني : سيدي عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل (مطبعة محمد أفندي مصطفى سنة 1307 هـ القاهرة) .

5 – حاشية العلامة محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني (الطبعة الأولى ببولاق القاهرة 1306 هـ) .

6 – حاشية العلامة شمس الدين الشيخ عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لسيدي الدردير وبهامشه الشرح المذكور (الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية للخشاب سنة 1324 هـ) .

7 – المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم (مطبعة السعادة بالقاهرة سنة 1923 م) .

8 – السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف (طبعة القاهرة سنة 1350 هـ) .

تقريب السياسة الشرعية للسيد عبد الله جمال الدين (طبعة القاهرة سنة 1318 هـ) .

نبذة من تاريخ حياتي

سيد عبد الله علي حسين من تيدا مركز كفر الشيخ مديرية الغربية . ولدت في 5 مارس سنة 1889 م وحفظت القرآن بها فأرسلني والدي لطلب العلم بدسوق ، فانتسبت في سنة 1321 هـ وسنة 1901 م ، ثم نزحت للأزهر 1902 م وبقيت به حتى أخذت شهادة العالمية سنة 1917 م .

ثم اشتغلت محاميًا شرعيًا في طنطا وكفر الشيخ إلى سنة 1921 م . سافرت إلى ليون بفرنسا فدرست الحقوق الفرنسية بها ، ونلت شهادة الليسانس في سنة 1925 م .

وعدت إلى مصر واشتغلت محاميًا شرعيًا إلى سنة 1937 م ، دخلت خدمة الحكومة بإدارة المطبوعات بوزارة الداخلية مراقبًا لفرع الجرائد الشرقية ولا زلت به للآن ، ولا أدري ما اللّه فاعل بي بعد ذلك ، ولم أرزق ذرية للآن .

والحمد لله أولًا وآخرًا والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كلمة مراجعي كتاب المقارنات التشريعية

على مذهب الإمام مالك « رضي الله عنه »

الحمد للّه والصلاة والسلام على رسول اللّه وبعد فقد راجعت أحكام هذا الكتاب المأخوذة من مذهب الإمام مالك على حضرتي العالمين الفاضلين الأستاذين فضيلة الشيخ محمد أبو النور زهير الأستاذ بالجامعة الأزهرية (كلية الشريعة) المتخصص في الفقه المالكي والأصول ، وفضيلة الشيخ عبد السميع إمام الأستاذ بالجامعة الأزهرية (كلية الشريعة) المتخصص في الفقه المالكي والأصول .

وإني إن كنت أتممت كل أبحاث هذه المقارنات وحدي غير أني أتهم نفسي وما أنا إلا بشر يخطئ ويصيب ، واللّه يعلم أني ما نقلت حكمًا من مذهب مالك إلا بعد أن رأيته رأي العين ، فإن رأيت أن العلة تخالفه ذكرت ذلك وأبديت رأيي صريحًا ؛ لهذا رغبت أن يطمئن قلبي لما عملت بمراجعة أحكامه على حكامه ، وقد كانا – حفظهما اللّه – عند حسن ظني بهما فزاملاني ثلاث سنين حتى تمت المراجعة وقد تفضلا فكتبا إليَّ ما يأتي :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد فإلى حضرة الأخ الفاضل الأستاذ سيد عبد اللّه علي حسين مؤلف كتاب (المقارنات التشريعية) .

أيها الأستاذ لقد أسعدنا الحظ أن راجعنا أحكام فقه الإمام مالك رضي الله عنه التي أخذتها في مقارناتك النصوص القانونية الوضعية بالنصوص التشريعية الإسلامية فوجدناها عين

مسائله المنصوصة وأحكام فروعه المتنوعة فكنت الأمين الثبت في النقل المدقق لعلل الأحكام بمنطوق العقل ، تقف عند النص حيث تعتقده حقًّا تدافع وتصول ، وتذكر رأيك حيث تجد العلة تدور ، تحرر ما تناثر في شتى المواضع في خلاصة محبوكة .

أيها الأستاذ لقد فضحت قوة براهينك وكثرة اطلاعك ومنهل معينك باطل المتشرعين الوضعيين ، وأظهرت زيفهم وبهرج تقنينهم بما أخذوا عن التشريع الإسلامي ونسبوه لأنفسهم ، والله يعلم إنهم لكاذبون . فوضعت الحق في نصابه والسيف في قرابه ، وأبنت مكانة التشريع الإسلامي كالطود الشامخ لمن كان له قلب يعي وأذن تسمع ، ولقد بلغت حقًّا ما وجب عليك لدينك ولوطنك ولبلاد الإسلام كافة .

أيها الأستاذ هذا عمل فرد تنوء تحت حمله الجماعة ، وإنه بلا شك آثار قدرة الباري فيك ، فلك الله يجزيك عن الإسلام والمسلمين أحسن الجزاء ، وهو القادر أن يجعل عملك العظيم من الله وإلى الله وأن يتقبله منك ويكرمك بفضله ويشملك بحلمه ويوفقنا وإياكم لما فيه خير الدارين إنه سميع قريب مجيب .

والسلام عليكم ورحمة الله .

محمد أبو النور زهير

المدرس بكلية الشريعة – بالقاهرة

والمتخصص في الفقه المالكي والأصول

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على رسوله الأمي الأمين سيدنا محمد المبعوث بالشرع القويم والصراط المستقيم صلى الله عليه وآله وصحبه والتابعين .

وبعد :

حضرة الأستاذ العالم البحاثة الغيور سيد أفندي عبد الله علي حسين .

لقد أتحت لي فرصة سعيدة بأن هيأت لي الاطلاع على كتابك الجليل (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) وإني طالما تشوقت نفسي إلى الاطلاع على مثله ، وكنت أتمنى أن أرى طائفة من علماء الإسلام يقومون بنشر أبحاث من المقارنات تبين للناس مركز هذه الشريعة السماوية

من تلك القوانين الوضعية حتى يتبينوا بعض مزايا الإسلام ، فلما طال الانتظار حتى أوشك الصبر أن ينفد واستفحل شر الشُّبه بين الناس واستأسد حتى كاد يغلب الحقَّ باطلُه . حينئذ أراد اللّه أن يقيض لدينه من ينصره ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون ، فكان أن ألهمك أيها الأستاذ أن تقوم بهذا العمل المشكور والصنيع المذكور وبهذا كنت واحدًا ممن صح فيهم البيت المأثور :

والناس ألف منهمو كواحد   وواحد كالألف إن أمر عُني

أيها الأخ لقد تناولتُ الكتاب بالمطالعة فوجدته عمل فردٍ لكنه قام مقام المجموع ، ثم أخذته بالمراجعة فرأيته صنعة رجل أخلص لله فأرضى الجميع .

أراه شفى النفس مما بها   وأدنى مناها إلى بابها

وطوح باليأس عن سربها   وكادت من اليأس يودَى بها

وفي الحق إنه مؤلف يعد في عالم التأليف فتحًا مبينًا وكنزًا ثمينًا تشعر النفس باطمئنان إلى دقة أبحاثه ، وتحس الروح بلذة في تتبع مقارناته ، ويلمس القارئ فيه طول باع مؤلفه ويدرك سعة اطلاعه على أقوال الفقهاء ذلك إلى تحريه في الأحكام وسعة صدره في المناقشة مع تبيان ما هو أحق بالاتباع وأجدر أن يكون ملائمًا للطباع وأحرى أن يعود بالنفع العام على المتعاملين من سائر الآنام .

فاشكر اللّه أيها الأخ أن جعلك من المؤيدين لدينه والمظهرين لحججه وبراهينه والمصدقين لقوله تعالى : ﴿ سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ﴾ [فصلت : 53] .

وهنيئًا لك . إن كتابك هو السابق وسواه لاحق ، وحسبك أن قد أبان للناس كافة ضلال ما يزعمه المتشرعون الوضعيون من أنهم قد أتوا بجديد يلائم تطور الأيام ، واخترعوا أحكامًا تناسب مصالح الآنام ، واللّه يعلم إنهم لكاذبون ، وأنهم من شريعته يسرقون ما يحدثون ويستخفون من الناس ولا يستخفون من اللّه وهو أعلم بما يسرون وما يعلنون .

فجزاك اللّه عن عملك هذا خير الجزاء ، وهيأ له من الناس ما هو أهل له من القبول وحسن الثناء .

والسلام عليكم ورحمة اللّه .

عبد السميع إمام

تقاريظ

جاءني من حضرات الأجلاء الأفاضل العلماء ما يأتي أثبته حسب وروده إليَّ ، وإني أشكرهم لما تفضلوا به . جزاءهم اللّه أحسن الجزاء ، ووفقني وإياهم لما فيه طاعته ورضاه ، إنه عليم قدير وبعباده لطيف خبير .

(1)

سيدي الأستاذ المفضال سيد عبد اللّه .

أحمد إليك اللّه تعالى ، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد النبي الأكرم ، وأحييك بتحية الإسلام فالسلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته .

ثم أمَّا إنك قد جهدت أشد الجهد في استخراج هذه « المقارنات التشريعية » ، وركبت إليها الصعب الجامح ، وتحريت بها الغاية البعيدة ، فهذا ما لا سبيل إلى إنكاره أو الشك فيه .

وأمَّا أن اللّه سبحانه مهيء لك في ظلال رضوانه مكانًا ممتازًا لقاء ما ساورت الكَرَى ، وحرمت على نفسك ما أحله الناس لأنفسهم من الدعة والإخلاد إلى الفراغ فذلك ما لا يكون لأحد أن يشك فيه إلا إذا كان له أن يشك في قول اللّه تعالى : ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ﴾ . [الزلزلة : 6 ، 7] .

وأما أن هذه المقارنات الجليلة سوف يتلقاها الناس بما هي له أهل من عظيم الشغف بها لشدة الافتقار إليها ، ومن جميل التقدير لها لجليل آثارها في حياة أمتنا الإسلامية فهو ما رجوت اللّه مخلصًا أن يكون .

لقد كنت منذ خمسة عشر عامًا أو يزيد أطوف في المدائن والقرى مع نفرمن الدعاة إلى الاعتزاز بالإسلام والاحتكام إلى مبادئه وشرائعه . وكان التشريع الإسلامي هو محور أحاديثنا وهدف خطبنا وغاية تجوالنا ، وكنا نروي للناس كلما التقينا بهم أنهم يغاضبون ربهم ويعقون دينهم ما داموا هكذا عاكفين على الخضوع للاشتراعات الأجنبية يحكمونها في أنفسهم ، ويرتضونها لأمتهم ، وما أكثر ما كنا نروي لهم مثل قول القرآن الكريم : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ

فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ [النساء : 65] ومثل قوله : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [المائدة : 44] ، ولقد أذكر أن طلابًا من طلاب الأزهر أضربوا عن تلقي الدروس حتى تجاب مطالبهم ، وكانت هذه المطالب يومئذ محصورة في تحكيم التشريع الإسلامي في البلاد .

وكان العقلاء يرون استعمار الغرب للشرق ألوانًا وضروبًا أهونها شأنًا وأقلها خطرًا وأيسرها زوالًا هو الاستعمار العسكري ، فأما الاستعمار التشريعي فهو الخليق بالمقاومة ؛ لأنه الآخذ القوي بمخانق الحرية الحق والاستقلال الصحيح .

ومع أننا كنا نكفر المنصرفين عن تحكيم الإسلام إلى تحكيم قانون نابليون ، ومع أننا كنا نسفه الذين يزعمون لهذه الأمة أنها سوف تدرك حريتها إذا جلا الغاصب القوي عن ديارها وإن بقي في أعناقها غُلُّ الاستعمار التشريعي .

مع هذا وذاك كنا نتلفت إلى هذا القانون الإسلامي المفصل فلا نرى له أثرًا ، فكنا نصدر في تعصبنا للإسلام عن العواطف والرغبات لا عن حقيقة علمية واضحة ، ولا عن مقارنة تشريعية مفحمة ، حتى جئت أنت يا سيدي الأستاذ المفضال فأعطيت الناس هذا السلاح العلمي يشرعونه في وجوه الضالين والمكابرين ، فلئن كان أهل الدعوة إلى التشريع الإسلامي يستوحون قبل اليوم عاطفة غالية ويقولون قولًا غامضًا ، إنهم اليوم ليقولون قولًا واضحًا ويعتمدون حقيقة علمية ناصعة .

ومن هنا جاء عملك عظيمًا ، ونرجو أن يجيء ثواب الله لك على قدر عملك مقدورًا مشكورًا . وتفضل فتقبل خالص تحيتي واحترامي .

21 ربيع الأول سنة 1367

أول فبراير سنة 1948

أحمد حسن الباقوري

من علماء الأزهر

ووكيل معهد القاهرة الديني

(2)

حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الجليل سيد أفندي عبد اللّه .

السلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته « وبعد » فقد عرفتك منذ زمن ليس بالقصير فلمست فيك الصراحة وقوة الإيمان والإخلاص للحق ... والغيرة الشديدة على الدين الإسلامي وتشريعه الأغر ؛ وأكبرت فيك هذه السجايا الكريمة والأخلاق الفاضلة ؛ وزادني إكبارًا وإجلالًا لك هذا النشاط العلمي الذي رأيتك عليه منذ وهبك اللّه نعمة المعرفة ؛ لقد توجت المكتبة العربية ورفعت رأس المسلمين عاليًا بهذا المؤلف النفيس الذي يعتبر بحق فريدًا في موضوعه جديدًا في أسلوبه مع دقة في البحث وقوة الحجة والمنطق ؛ ألا وهو كتاب «المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » فلقد بذلت فيه مجهودًا ضخمًا تنوء به العُصْبة أولو القوة . والواقع أن هذا الكتاب أبان في وضوح وجلاء الأهمية العالمية للتشريع الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان ، وكيف كان المنهل العذب الذي استقى منه المتشرعون الأجانب تشريعاتهم ؛ وأن ادعاءهم الاستقلال في قوانينهم الوضعية دعوى باطلة ، وقول هراء؛ وإنك بهذا المؤلَّف العظيم قد كشفت الحجب والأستار عما كان يحيط بالتشريع الإسلامي في الماضي من خفاء وأظهرته في ثوبه الحقيقي ومدى مسايرته للزمان طوال هذه الحقبة الواسعة في تاريخ الإسلام حتى استطاع أن يبقى صامدًا أمام التيارات الجارفة والعدوان المتكرر في قوة وثبات .

أيها الأستاذ : لقد أتى على الناس - قبل ظهور كتاب المقارنات - حينٌ كانوا يعدون فيه من ينادي بإحلال التشريع الإسلامي محل القوانين الوضعية خياليًا ، وربما كان لهم عذرهم ، وأما الآن بعد أن ظهر هذا الكتاب ، فلا عذر لهم فقد مهِّدت السبل وأصبح الحلال بينًا ، والحرام بينًا .

وإن كتابًا هذا فضله وتلك منزلته لجدير بالتقدير والاحترام ، لا غنى لعلماء القانون عنه عامة ولدارسي الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي خاصة ، ومؤلفه المفضال يستحق من الجميع الشكر والثناء وأطيب الجزاء . فسلام عليك في العلماء العاملين ، وسلام عليك في المخلصين المجاهدين والذائدين عن دين الإسلام كيد الكائدين . أكثر اللّه من أمثالك ومنحك الرضا والقبول وأجزل لك الثواب ومتعك

بموفور الصحة والعافية ، وتقبل أسمى احتراماتي وشكري وتمنياتي الطيبة والسلام .

المخلص

عبد الفتاح علي شحاتة

المدرس بكلية أصول الدين

أستاذ التاريخ الإسلامي

بالجامعة الأزهرية

(3)

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد اللّه وأصلي وأسلم على نبيه .

وبعد فإني اطلعت على بعض موضوعات في كتاب المقارنة بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي الذي دبجته يراعة صديقي الأستاذ صاحب الفضيلة السيد عبد اللّه علي حسين فعثرت على الضالة التي طالما نشدتها ، ووجدت الفكرة التي كثر ماتمنيتها وكان هذا من فضل اللّه على الفقه والمشتغلين به .

ذلك بأن المبطلين الذين ينتسبون إلى الرأي الصواب وليسوا من أهله اتهموا الفقه مرة بأنه مستمد من التشريع الروماني ، ورجموه أخرى بأنه جامد لا يصلح لحل مشاكل الناس والوفاء بحاجاتهم في هذا الزمان ، وكان قصارى ما ندفع به أن هذا كذب وبهتان بشهادة القرآن ، وربما لا يروج هذا الدفاع إلا بين المؤمنين بالقرآن وأحكامه ، أما الآن فقد ظفرنا بالحجة الدامغة والبرهان العملي الذي يخرس كل لسان ويقنع كل ذي بيان . فهذا الكتاب الجديد بما بينه للناس من اتفاق الفقه المالكي والقانون الفرنسي في الكثرة الغالبة من أحكامهما حجة على أن الفقه وبخاصة المالكي العربي المدني هو أصل القانون الفرنسي ؛ لأن الثابت هو اتصال الفرنجة بفقهاء المسلمين لما فتح الآخرون الأندلس وغزوا جنوب فرنسا ، ثم أخذ الفرنجة هذه البلاد وانتفعوا بمعارف المسلمين من الفقه وغيره ولم يثبت عكس هذا .

وهذا الكتاب الجديد برهان على أن الفقه مرن وصالح لقضاء مصالح الناس في كل زمان ومكان ؛ لأن هذا مسلم عندهم للقانون ، ومتى ثبت أن الفقه أصله

لزمهم أن يسلموا بهذه الحقيقة له . وهنا يطيب لنا أن نقول لفقهاء القانون : إن عربيتكم ووطنيتكم تفرض عليكم أن ترجعوا إلى هذا الفقه لتنقلوا آراءه عن أجدادكم الذي هو تراثهم وإنتاج أفكارهم ، وحرام عليكم أن تعطوا الحق لغير أهله فتنقلوا هذه الآراء عن دانتون و لادستون وشيرون ، وهي في الواقع لمالك وابن القاسم وابن وهب وسحنون وخليل والحطاب وغيرهم . إن هؤلاء الذين ملأت قلوبهم الغيرة فراحوا يمصرون أو يعربون المصالح والمصانع والشركات عليهم أن يغاروا قبل ذلك على تراث أجدادهم الذي انتحله غيرهم زورًا ثم راحوا يدعون لنفسهم الفقاهة والبراعة في التقنين . ويطيب لنا أيضًا أن نقول لأولي الأمر : إن عليكم أن تباعدوا عن هذه المفخرة الكبرى التهمَ والظنونَ ؛ فإن هذا الفقه ككل كائن حي يحتاج إلى ما يغذيه وينميه ، وما غذاؤه إلا الإفتاء والقضاء بأحكامه حيث تسنح الفرصة لأولي الرأي من القضاة والمفتين والمحامين أن ينشروا مكنونه ، ويقلبوا في بطون كنوزه فيجدوا الحلول المناسبة ويستنبطوا ويخرجوا . والآن وقد وقفت عجلة الفقه ردحًا من الزمان فلم يعد يفصل به في القضايا والمنازعات ولم تعد تعمل فيه أفكار القضاة والمفتين كما جرت بذلك سنة التجديد فقد وجد أولو الأغراض والشهوات الباب مفتوحًا للاتهام والتقول . فيا علماء القانون ويا جبابرة الفكر أنتم الآن تشيدون لغيركم وترفعون مجد الأجانب بأيديكم فشيدوا فيما تملكون ومجدوا تليد أجدادكم بطريف أفكاركم ، واللّه يجزي العاملين . وبعد فإن هذا الكتاب الذي يقدمه صديقنا الأستاذ عمل عظيم وجهاد كبير له آثاره الجلّي في أوساطنا الفقهية القانونية عمل لا يمكن أن تقوم به إلا شخصية جمعت بين الحظين واستكملت الثقافتين : الثقافة الأزهرية الفقهية ، والثقافة الأجنبية القانونية ممن يقل نظائرهم بيننا في هذه الأيام . لهذا أرجو أن يكون هذا الكتاب فاتحة موازنات في الفقه والقانون يُظْهر المؤلِّف بها الناسَ على عدالة الفقه وسماحته ، ويشهدهم على نبله وسداده . أسأل اللّه أن يوفقنا إلى إعلاء كلمة الفقه والمحافظة على تراث الأجداد .

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

(4)

كلمة شيخ كلية اللغة العربية

تحريرًا في 24 من جمادى الأولى سنة 1367 – 4 من إبريل سنة 1948 .

الأخ الأعز الأستاذ السيد عبد الله .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد :

فقد اطلعت على مجهودكم العظيم في كتابكم (المقارنات التشريعية بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ﷺ) وإني مع عظيم شكري على إهدائكم هذه البحوث النفيسة فإني أحيي فيكم هذا الروح الطيب في الذود عن التشريع الإسلامي والتنويه بفضله وبث مزاياه ، وكشف النقاب عن حقائق طالما حجبتها عن الأنظار غشاوة الزيف الغربي والغرور به .

فجزاكم الله عن دينكم وأوطانكم خير ما جازى العاملين المخلصين .

والسلام عليكم ورحمة الله

عبد الجليل عيسى

(5)

كلمة تقدير وإعجاب

قليل من الناس من يستطيع تأدية واجبه نحو وطنه وعقيدته ؛ لأن الواجب أمانة وهي حمل ثقيل ينوء به أولو العصبة . والأستاذ السيد عبد الله حسين رجل من رجالات قلائل استطاع بثقافته الدينية وبما أضافه إليها من معلومات جديرة بالإعجاب والتقدير أن يكبح جماح المندفعين وراء الماديات ، وأن يلفتهم إلى ما في دينهم من أسس وقواعد تكفل الخير والسعادة لكل من تمسك بأهدابها وسار في طريقها الأحب المستقيم . وإن سِفْرَه القيم الذي ألفه في المقارنات بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية لشاهد عدل ولسان صدق على أن الإسلام دين عام خالد يصلح لكل زمان ومكان ، وما صرف الناسَ عنه إلا جهلُهم به وطغيانُ المادة على النفوس وانتشار الإلحاد بين الأوساط التي ضلت السبيل فأضلهم الله ، وأن

كل ما هو مدون في القوانين الوضعية يمكن رده إلى الشريعة الإسلامية لما تضمنته من مبادئ سامية تعرضت لكل شيء ، وأحاطته بسياج من العدالة والإصلاح .

وإن من يتصفح كتاب « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » يعتقد بحق أن الشريعة الإسلامية معين لا ينضب لكل من أراد الخير والإصلاح للفرد والجماعة . وإن الباحث ليستطيع أن يجد لكل مشكلة حلًّا ولكل ظمآن ريًّا فعسى أن يكون ذلك السفر فاتحة عهد جديد للمصلحين والمفكرين يتجهون بأفكارهم وأبحاثهم إلى الشريعة الإسلامية يستخرجون لآلئها وينشرون رواءها ليستظل به كل من أغوته الحياة المادية واستولى على نفسه سلطانها .

على أن لي رجاء أتقدم به إلى حضرة المؤلف إتمامًا لفائدة يعلق عليها كل من يشتغل بالقانون المقارن كبير أمل ، ذلك أن يكون للناحية الجنائية نصيب من مجهود عزّ على غير المؤلف أن يبذله أو أن يتخذ إليه طريقه ، فقد استطاع بما تفرد به من أسلوب في البحث وطريقة في العرض أن يخرس الألسن التي طالما تناولت العلماء بأنهم يعيشون على هامش الحياة ؛ لأنهم لا يصلحون أولا تصلح ثقافتهم لمجاراة التطور الاجتماعي من تشريع وتقنين ، ولذلك تخلفوا عن الركب وفاتتهم القافلة . فلا عجب إذا ما أصبح بهذا العمل الجليل النافع مدرسة جديدة للبحث العلمي المنتج في غير تعقيد أو التواء والعرض الحسن اللبق بأسلوب سلس جذاب وعبارة سليمة أخاذة تجافت عما اشتهر به معظم كتب المتأخرين في الفقه الإسلامي وما يتصل به ، وإنه لمجهود جبار ، لصاحبه ممن اطلع على مؤلَّف كلُّ تقدير وإعجاب وإكبار ، وله من اللّه جزيل الثواب واللّه لا يضيع أجر من أحسن عملا .

عبد الرحمن حمزة

إجازة القضاء الشرعي وسكرتير مدير الأزهر

ومن علماء الأزهر الشريف

شكر وتقدير

الشريعة الإسلامية هي ذلك القانون السماوي الخالد الذي أراد اللّه أن يكون خاتمة القوانين التي تنتظم بها شئون الخلق في عبادتهم ومعاملاتهم وفي معاشهم ومعادهم ،

وقد حقق هذا القانون الهدف الذي قصد به ونجح في تنظيم الجماعات التي استضاءت بنوره واهتدت بهديه فكفل لها حقوقها ووفر لها أمنها وسعادتها .

وأصول هذا القانون هي كتاب الله وسنة رسوله والإجماع والقياس . وفروع هذا القانون ذلك التراث الفقهي الإسلامي الذى جادت به قرائح الأئمة والمجتهدين من بعدهم ، والذي يعد بحق مفخرة البشرية في التشريع . يعرف ذلك من وُفِّق لدراسته والوقوفِ على مقدرة هؤلاء الأئمة والمجتهدين في حق الاستنباط وقوة الدليل والتطبيق . وقد دونت هذه الذخيرة الفقهية بلغة العصر وأسلوب العصر الذي دونت فيه .

وقد تطورت بعد ذلك اللغة وتطور التشريع وتطورت أحوال الأمم عامة لهذا صعب فهمها على من لم يمارسها في كتبها ومن لم يألف أساليبها ؛ فبدت غريبة . وزادها غرابة ضعف الروح الدينية في أكثر المجتمعات الإسلامية والفهم للقوانين الأجنبية واصطناعها في المحاكم والتأليف . وبلغ من غرابة الفقه الإسلامي لدى بعض المسلمين أن حسبوا أن الفقه الإسلامي ما هو إلا مجموعة من العبادات والأحوال الشخصية . أما المعاملات والجنايات والحدود وما إلى ذلك فليست من الفقه الإسلامي ، وبالتالي ليست من الشريعة الإسلامية .

لذلك كان على العلماء وبخاصة من وفقهم الله للجمع بين الثقافة الفقهية الإسلامية والثقافة القانونية الأجنبية أن يصححوا ذلك الخطأ ، ويكشفوا للناس عن قيمة الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لكثير من القوانين في المعاملات وغيرها وأن يبينوا الصلة بين الشريعة الإسلامية وبينها ، وبخاصة القانون الفرنسي الذي هو أصل للقانون المصري وغيره من القوانين . ولقد أحس بهذا الواجب الأستاذ الشيخ سيد عبد الله فندب نفسه لهذه المهمة ، يدفعه إليها إيمانه الصادق وغيرته القوية على الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ، وألف كتابه « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » قارن فيه بين القانون الفرنسي وبين فقه الإمام مالك رضي الله عنه في المعاملات .

وقد سُبِق المؤلف بمحاولات أو مؤلفات من هذا الموضوع إلا أنها كانت محاولات أو مؤلفات في موضوعات خاصة من فقه البيع أو الرهن .

أما المقارنة في موضوعات المعاملات من الفقه الإسلامي عامة فلم يسبقه بها

مؤلف . وبهذا انفرد المؤلف في تأليفه ، وبهذا استحق أن يُفْرد بالثناء والإعجاب .

أنَّى يفي الثناء بحق مؤلف قضى في تأليفه سنوات ، وراجع ما شاء اللّه أن يراجع من كتب الفقه والقانون التي اقتضاها مؤلَّفه هذا ، فجاء كما أراد تبيانًا لفضل الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ، وإفحامًا للجاهلين والمتجاهلين مكانها بين الشرائع والقوانين .

وليس يعرف فضل الأستاذ في عمله وما لاقاه في سبيله من بلاء وما صادفه من جهد وعناء إلا اللّهُ ، ثم الذين عانوا مثل ما عاناه . وحسبه من هؤلاء حسن الثناء ومن اللّه واسع الفضل والجزاء .

وأخيرًا أشكر للأخ المؤلف فضله بإهدائي مؤلَّفِهِ ، وأسأل اللّه أن يوفقه فيما اضطلع به من بيان ما في الشريعة الإسلامية من حِكَمٍ وأحكام هما للبشرية السعادة والسلام .

أبو الوفا المراغي

مدير المكتبة الأزهرية

ومن علماء الأزهر الشريف

المقارنات التشريعية

أنا من الذين يقولون بسمو الشريعة الإسلامية على جميع الشرائع الوضعية ، لا تأثرًا مني بعامل العقيدة الوراثية ، ولكن بعد مقارنات كثيرة أودعتها مؤلفات لي طبعت طبعات عدة ، وترجمت إلى كبريات اللغات الشرقية ، فإن كنت أكتب رأيي في الكتاب الذي بين يديَّ الساعة (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) للعلامة الأزهري الأستاذ سيد عبد اللّه الحائز لشهادة الليسانس في الحقوق الفرنسية ، فإنما أفعل ذلك عن اقتناع شخصي عانيته سنين كثيرة .

نعم إني لم أقارن فرعيات الأحكام بعضها ببعض ، ولكني قارنت بين الأصول الأولية التي تقوم عليها الشرائع الوضعية وبين الشريعة الإسلامية ، فجاء فضيلة الأستاذ سيد عبد اللّه مكملًا لأطوار هذا البحث ، وسالكًا به طريقه العملي ، فزاد كل ما تقدم من درجات هذه البحوث نورًا ، وجاء كتابه الضخم الذي يقع في أربعة مجلدات منارة قوية الضوء يستهدي بها كل من يحوم حول هذه البحوث ، فضلًا عن أنه يمد جماعة من مستشارينا القضائيين الذين يعملون على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع بأدلة قاطعة على حقيقة ما يذهبون إليه .عُرف علماء المسلمين من أول عهد هذا الدين بالأعمال التي تُنعَت في عرف الكتاب المعاصرين بالجبارة ، فمنهم من كان يحفظ مائة ألف حديث بأسانيدها ، ومنهم من كان يحفظ المعجم اللغوي كله ، ومنهم من قُسِّمت مؤلفاته على أيام حياته فأصاب كل يوم من عمره ثماني صحائف ، ومنهم من وضع دائرة للمعارف ، ولم يُعرف هذا الضرب من التأليف قبله ، ولا عُرف بعده إلا بنحو ثمانمائة سنة ، ومنهم من قرر اشتقاق الأنواع المعدنية والنباتية والحيوانية بعضها من بعض بواسطة الفواعل الطبيعية وأحوال البيئة قبل أن يوجد لامارك وداروين بنحو ألف سنة .

ويصح اليوم أن نقول : ومنهم من قارن جزئيات قانون دولة عظيمة برمته بما ورد منها في مذهب من المذاهب الإسلامية على شدة مراس هذا العمل ، وعدم المنشطين عليه فكان بعمله هذا مقيمًا من طريق اللزوم دليلًا محسوسًا على أن الشريعة الإسلامية يمكن أن تطبق على أرقى أمة أوروبية ، وهذه ثمرة تناسب

المجهود الضخم الذي يبذله في الحصول عليها بعض كبار مستشارينا القضائيين .

★★★

بدأ العالم العلمي يشعر منذ عهد ليس ببعيد بأن الشريعة الإسلامية جديرة بالتقدير ، بعد أن كان يحسبها مجموعًا من العادات البدوية ، والتقاليد الصحراوية ، وكان أهون ما قيل فيها : إنها منقولة عن الشريعة الرومانية التي كان يستأنس فقهاؤهم بأحكامها في العراق وسورية . وقد رسخ في أذهانهم هذا الحكم حتى كان يصعب صرفهم عنه ، لولا أن عددًا من مستشرقيهم الذين درسوا اللغة العربية كما درسوا الصينية والهندية وغيرها بحثًا عن أصولها وفروعها ، وقراباتِ بعضِها لبعض دفعتهم طبيعة بحوثهم إلى دراسة الفقه الإسلامي وأصوله ، فرأوا أنهم حيال مصادر مستقلة تنتهي إلى الكتاب والسنة وكثيرًا ما تناقض أصول الفقه الروماني ذهابًا منها صوب المُثُل العليا .

وكان مما نبه أذهان مشترعي أوروبا إلى استقلال الفقه الإسلامي معاملة الحكومات الإسلامية الأولى لرعاياها من الأجانب عن دينها ولغتها وجنسها معاملة لحمتها وسداها العدالة المثالية .وجرت الدولة التركية التي بلغت قمة العظمة الدولية في القرون المتأخرة على ذلك فاقتدت بسلف هذه الأمة في معاملتهم ، مخالفة بذلك ما كان الرومانيون عليه من اضطهاد الأجانب عن دينهم وجنسهم اضطهادًا كان مضرب الأمثال في مجافاة الحقوق الإنسانية .

ومما دل دلالات محسوسة على ترفع الشريعة الإسلامية عن الأخذ من الشريعة الرومانية ، ومن كل شريعة سابقة عليها الحقوق التي منحتها للنساء .وهذه الناحية أقوى في الدلالة على استقلالها من جميع الدلالات السابقة .وقد كان العرب الجاهلون لا يعترفون للمرأة بأدنى حق ، بل كانت لديهم تورث بعد موت زوجها وتباع بيع الأمتعة .فإذا كان المشترعون الإسلاميون أخذوا أخذ مشترعي روما لما متعوا المرأة بكل الحقوق التي متعوها بها حتى ساووها بالرجال في فصم عقدة النكاح إن اشترطت ذلك في عقد زواجها .وهذا حق لم تنله المرأة الأوروبية إلى اليوم ، بل هي لم تنل ما للمرأة المسلمة من حق الاستقلال في إدارة أملاكها ، والتصرف في أموالها دون أن يتوقف شيء من ذلك على إذن من أبيها أو زوجها .

هذه الشئون كان لها تأثير كبير في لفت النظر إلى الشريعة الإسلامية ، وفي تقرير أن المشترعين المسلمين لم ينقلوا شريعتهم عن الرومانيين ولا عن غيرهم .

ومما زاد في لفت نظر المشترعين العالميين بسمو الشريعة الإسلامية : اعتبارها العدالة أصلًا عامًّا لا يتأثر بالاعتبارات . فكما قررَتْ أنه لاحق لك في أن تظلم مسلمًا أو مسلمة مهما كانت حالتهما المادية والمعنوية ، كذلك قررَتْ أن لا تظلم إنسانًا آخر لأي اعتبار من دين أو جنس أو لغة ، ولا أن تظلم نفسك ، ولا أن تظلم حيوانًا كذلك . وهذا الوجه الأخير لا يوجد في أية شريعة في العالم . قال النبي ﷺ : « دخلت امرأة النار في هرة حبستها ، فلا هي أطعمتها ، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض » .

وبسبب إطلاق الإسلام لمبدأ العدل اضطر مشترعو المسلمين إلى تعيين حقوق للحيوانات يطالَب بها مقتنوها ، وترفَع عليهم الدعوى بسببها إذا وقع منهم أي ظلم عليها . فإليك ما جاء في كتب الشريعة الإسلامية :

« يجب على صاحب الدابة شرعًا أن يعلفها إن لم تكن ترعى ، وإن كانت ترعى يجب عليه أن يرسلها حتى تشبع وتروى ، ولكن بشرط أن يكون بمحل الرعي ماء ، وأن لا يكون به حيوانات ضارية تعدو عليها . فإن كانت بطبيعتها تكتفي بأحد هذين النوعين في التغذي الرعي أو العلف ، كان له الخيار في قصرها على أحدهما ، فإن كانت لا تكتفي إلا بهما معًا : وجب عليه القيام لها بهما معًا . وإن احتاجت البهيمة للماء وليس معه من الماء إلا ما يكفي لاغتساله أو وضوئه وجب عليه أن يسقيها ذلك الماء ويتيمم .فإن امتنع عن علف الدابة أجبر فيما يؤكل منها على بيعها أو ذبحها . فإن كانت الدابة مما لا يؤكل لحمه أجبر على بيعها صيانة لها من الهلاك . فإن خالف في ذلك فعل الحاكم ما تقتضيه المصلحة . فإن كان له مال بيع لينفق منه على علف الدابة؛ فإن تعذر كل ذلك تولى بيت المال الإنفاق عليها » .

هذه أبدع صورة لتمثيل العدالة في الإسلام مما ليس لدى أمة من أمم الأرض ما يقاربه ، ويدل على أنها ستبقى بعد تلاشي جميع شرائع الأرض .

بقيت أمامنا مسألة يجب أن نوفيها حقها من البحث وهي هل القانون الفرنسي

مأخوذ من الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ﷺ .

نقول أولًا ما يأتي :

يصعب علينا أن نجيب بالإيجاب على هذه المسألة مع شدة التقارب بينهما ، ولنا في تعليل هذا التقارب وجه هو أعظم دلالة على إلاهية الشرع الإسلامي من أن يثبت أنه كان مرجعًا لجميع شرائع العالم .

ذلك أن انتشار الإسلام ذلك الانتشار الذي أدهش العالم ، وسر بقائه إلى اليوم قويًّا راسخًا يرجع إلى ما نعته به موحيه جل وعز من أنه دين الفطرة الإنسانية ، وأن أساسه العقل ، ومعتمده الدليل ، حتى قال أئمته : لو بحث باحث عن دين وشريعة مستهديًا بمحض فطرته البشرية ، وعقله الناضج ، مع الاعتماد على الدليل القاطع ، لوصل إلى الإسلام وإلى شريعته من أقرب طريق إليهما . فلا غرو أن يهتدي المشترعون الذين عهد إليهم نابليون ، وهم من فحول الفنون التشريعية ، وأراكين العلوم الاجتماعية بسلامة فطرهم ، ونضج عقولهم ، وسعة اطلاعهم إلى وضع قانون يخيل إلى المطلع عليه أنه مقتبس من الشريعة الإسلامية . ويكون ذلك دليلًا محسوسًا على صحة القول المأثور وهو أن الإنسان لو ترك وفطرته ، ووُكِل إلى عقله السليم ، لتهدَّى إلى الإسلام وشريعته . وإني أرى أن هذا الوجه في تأويل التوافق بين شريعتي نابليون والشريعة الإسلامية على مذهب مالك أجدى على الشريعة الإسلامية في الدلالة على إلاهيتها من التأويل الأول ، وهو أن يكون مشترعو نابليون قد أخذوا قانونهم من مذهب مالك ونسبوه إلى أنفسهم .

ونقول ثانيًا ما يأتي :

إن ما جاء به مؤلف كتاب المقارنات التشريعية من الأدلة القاطعة من التاريخ ومن نفس النصوص الشرعية يكفي لإثبات أن التشريع الوضعي مأخوذ من التشريع الإسلامي (مذهب مالك ﷺ) .

وبعد فإني أخشى أن أكون قد قصرت في توفية فضيلة الأستاذ مؤلف كتاب (المقارنات التشريعية) حقه من الثناء والإعجاب بما تخيره من العمل ، فإننا في هذا الدور من الانتقال السريع في حاجة إلى من يقف في مضطرب وجهات النظر بما لديه من وجوه الإصلاح . وإن أول ما يجب على أمة تتحرى أن تسلك السبيل

السوي من بين السبل المضلة لإيصالها إلى غايتها المنشودة من الحياة الطيبة ، هي أن تعامل بقانون يتفق ومثلها العليا ، ويناسب ميولها الفطرية ، وبواعثها الحيوية ، وبنيتها الاجتماعية . وقد تألفت الأمة الإسلامية وبلغت أشدها ، ودخلت مزدحم الجماعات البشرية مقتبسة منها أحسن ما صادفته من العلوم والفنون والصنائع ، وفاقتها فيها جميعًا حتى اعتبرت بعد جيلين من قيامها خير أمة أنجبتها البشرية ، كان وجودها ضروريًّا لحفظ تراث الإنسانية . وإذا كان قد اعتراها شيء من التوقف والفتور ، فإنها اليوم تتحفز لاسترداد مكانتها بما تشعر به من مذخور حيوي في كيانها ، واستعداد أدبي لبلوغ أبعد شأو فيما تبذل فيه الأمم أقصى جهودها .

وأول ما يجب أن يعجل لها به من المؤهلات لبلوغ هذه الغاية هو أن تساس بالأصول التي قام وجودها عليها ، ولا سيما إذا كانت قد أثبتت مرونتها ، وقبولها لشمول كل ما يجد من الشئون الاجتماعية . فالمحاولات التي وفِّق إليها جمهور من المصريين لإحلال الشريعة الإسلامية محل القانون الأجنبي في حكم المسلمين ومن يعايشهم من أتباع جميع الملل تعتبر من خير الوسائل لإعادة مجد الأمة الإسلامية ، وحفظ كيانها سليمًا من العلل . وكتاب فضيلة الأستاذ الجليل (المقارنات التشريعية) من أفضل ما يمهد الطريق للعاملين في هذه الناحية ، بل هو دليل عملي على أن الشريعة الإسلامية غاية لا بداءة . وإذا كانت هذه الثروة التشريعية تُرى وتُلمس في مذهب إمام واحد من حفظتها ، فما ظنك لو نُظِر إليها من خلال مجموع آراء جميع أئمتها ؟ فما أصدق من قال فيها :

ويزيدها مر الليالي جدة وتقاوم الأيام حسن شباب

محمد فريد وجدي

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله الفتاح العليم والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين وعلى آله وصحبه والتابعين .

وبعد فأشكر اللّه العلي القدير الذي وفق من شاء من عباده لخدمة شريعته والعمل على رفع منار الدين . أشكر اللّه أن وفق الأستاذ السيد عبد اللّه حسين أحد علماء الأزهر الشريف وأحد أعلام القانون من جامعات أوروبا فوهب حياته وجاد

بثمار مجهوده المضني لنصرة الشريعة ولكشف الغطاء عما أُغلق على الناس بسبب السِّير المغرضة التي عملت على إطفاء نور الشريعة ، ولكن يأبى الله إلا أن يتم نوره فقيض لهذه الأمة وللعالم الإسلامي من يقوم بالكشف عن نفائس الأحكام الشرعية فأخذ الأستاذ يجدُّ غير متوان ولا متراخ في العمل على بيان الأحكام الوضعية وأنها مأخوذة من نفائس الشريعة المحمدية ، ولكن اليد المغرضة تخفي ذلك دائمًا وترجعه إلى أصول ليس لها صلة بهذا التشريع ، ولا تمت إليه من قرب أو من بعد . بل إنه أوضح الدليل للطالب وأنار الطريق لمن يريد الوصول إلى الحق الوضح فوضع كتاب المقارنات إرشادًا للناس وهداية إلى أصول القوانين الوضعية وأنها مأخوذة من الشريعة الإسلامية « فقه مذهب الإمام مالك ﷺ » وبرهن بالحجة الواضحة على مآخذ القوانين والزمن التي عمدت فيه الدول الغربية إلى نهجها الذي نهجته وسبيلها الذي سلكته أيام ازدهار الدولة الإسلامية في بلاد الأندلس وغيرها .

حقًّا لقد قام الأستاذ بمجهود الجبابرة وبذل عصارة فكرة وثمار حياته العلمية في كتاب المقارنات فكان خير كتاب أخرج للناس ، وكان سفرًا جليلًا ظهر ظهور الشمس في رائعة النهار وتجلى للناس كتابًا قيمًا ، وحقًّا إنه لكتاب قيم ، فيه آيات بينات وأصول واضحات من أستاذ أخص صفاته البحث والتنقيب وراء الحقائق حتى لقد كان ذلك ديدنه منذ نشأته وفي أدوار حياته العلمية ، فما عرفته يومًا إلا وأراه متحليًا بحلية البحث وسمات التدقيق حتى في أبسط الأمور فلقد كنا نلقبه « بغائص اللؤلؤ » فهذا الكتاب وإن كان جليل الشأن عظيم القدر ، ولكنه صغير بالنظر إلى مجهوده وبحثه الشامل الذى دأب عليه منذ نشأته الأولى . فيا أيها الأستاذ لا أرى أني جدير بمن يقول فيوفي هذا الكتاب حقه ، أو يصف فيعطي مؤلِّفه صورته الجديرة به أو يظهر للناس حياة المؤلف الحقيقية ، ولكن هذه عجالة أقدمها لكم على أن أكون قد أصبت بعض المرمى أو قاربت الوصول إلى الهدف .

فيا حماة الشريعة هبوا متساندين واعملوا على إظهار مكنونات الكتاب والسنة للعيان ، حتى يكشف الله الران عن القلوب ، فيقوم رجال الأمر فينا بالرجوع إلى الأحكام الشرعية وليعدلوا عن الحكم بغير ما أنزل الله ومن لم يحكم بما أنزل الله

فأولئك هم الظالمون ، وكفى بالصراع العنيف الذي يملؤ الكون الآن دليلًا على ما اقترفناه من بُعْد عن الشريعة السمحاء إلى أحكام لا تتفق ومصلحة البشر في شيء . وها هو كتاب المقارنات دليل لنا على ما نقول إذ إنه كتاب فيه تبيان وهدى للناس وفقنا اللّه جميعًا للعمل على نصرة شريعته وهدايته خلقه إلى سواء السبيل .

عبد الفتاح المرقي

من العلماء والمحامي بطنطا

صورة ما أذيع بالإذاعة اللاسلكية المصرية يوم 6 يونيو سنة 1947

لما كتب الأستاذ سيد عبد اللّه حسين كتابه الذي صدر أخيرًا بعنوان (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية القانون المدني والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس ﷺ) أراد أن يسهم في رسالة نادى بها كثيرون من المشتغلين بفقه القانون ، فقد انطلقنا نضع مجموعتنا القانونية منصرفين إلى القوانين الغربية معتمدين على التجارب التشريعية لدى غيرنا فلم نلق بالًا إلى هذا الكنز الزاخر بالأحكام القانونية المتقدمة الذي تمدنا به الشريعة الإسلامية ، ولقد هال ذلك الإغفال بعض الفقهاء المصريين الذين أشفقوا أن يتأخر تكوين شخصيتنا القانونية ما دمنا لا نبذل مجهودًا ذاتيًا في سبيلها وما دمنا لا نصل ما يمكن أن يوصل من تشريعاتنا بالأحكام التي تتناسب معه من فقه الشريعة الغراء ، وهو فقه لا أتعب من التنبيه إلى تقدمه بل إلى سبقه لغيره في أكثر من مضمار .

واليوم يرفع صاحب هذا الكتاب صوته مع الذين نادوا من قبله بوجوب الالتفات التفاتًا خاصًا إلى إحكام الصلة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ، فانضم المؤلف بهذا الكتاب إلى الرعيل الأول من الباحثين الذين عملوا لأداء تلك الرسالة .

ولقد عمد لهذا الغرض إلى سبيل حكيم فجعل يستعرض بعض أحكام القانون الفرنسي ويقابلها بالأحكام المماثلة في الشريعة مشيرًا في كل حالة إلى ما يجعل الشريعة متقدمة على غيرها تقدمًا يستوقف الانتباه ، ومثل هذه الخطة لا تحسن لها العجلة ولا يفيد فيها المجهود اليسير ، وإنما هي تتطلب من صاحبها وقتًا طويلًا – هو سبع سنوات في هذه الحالة – ومجهودًا عظيمًا هو استعراض أحكام مجموعة

من أكمل المجموعات القانونية هي المجموعة الفرنسية ومقارنتها بالأحكام المناظرة لأحكامها من الشريعة . هذه تحتاج إلى بحث طويل وصبر وأناة .

وأراد المؤلف بهذه الخطة أن يثبت أن أحكام الشريعة مرنة طيعة لا ينض عنها تطور الأحوال في آخر صوره وأن بها يمكن أن يتلاقى مع مقتضيات الزمان والمكان على مواءمة واتفاق . حينما يريد الإنسان – وفي هذا الجزء من الكتاب مضى المؤلف بعد إلقاء نظرة عامة على مجموع أحكام الشريعة مقارنة بأحكام القانون الفرنسي – إلى تفصيل تلك المقارنة في بعض مسائل الأحوال الشخصية وقواعد القانون المدني ، ولم يكتف في كثير من الأحوال بمجرد المقارنة مع وضوح دلالتها بل شفعها بالتعليق الذي يزيدها وضوحًا على وضوح . ولما كان مثل هذا الكتاب يذكِّر بأحكام تشريعية يحسن دائمًا أن تكون حاضرة في الأذهان ، ويجمع متفرقها في صعيد واحد مع مقارنته بما يناظرها من الأحكام فقد يطيب للباحثين في الفقه ولأصحاب التشريع من رجال البرلمان وغيرهم أن يرجعوا إليه ويعولوا عليه كلما عنَّ لهم أن ينظروا إلى رأي الشريعة الغراء في هذا الموضوع أو ذاك .

عزيزي الأستاذ العلامة سيد عبد الله حسين .

أهديك سلامي وتحياتي ، وأقدم لك عظيم شكري على تفضلك بإهدائي مؤلفكم النفيس « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » الذي قصدتم به دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك وبين أحكام القانون الفرنسي . ولو أني لست من المتعمقين في دراسة التشريع الإسلامي إلا أن مطالعتي لفصول الكتاب جعلتنى أقف متأملًا معجبًا بتلك الحفريات الثمينة المشتملة على أصول التشريع وقواعد الأحكام التي استطعتم بعد الدرس في الأزهر والتخصص في القانون بفرنسا والاشتغال بالمحاماة الشرعية والأهلية والمختلطة أن تكشفوا عنها وأن تظهروا بالأدلة أنها المصدر الأول والمنهل الدائم الذي أخذ منه الغربيون وما زالوا يأخذون .

ولقد أجدتم في تبويب الكتاب والإفاضة في تفسير الغامض من أحكام الشرع إفاضة تقوم على الفهم الدقيق ، كما أحسنتم في المضي على طريقة المقارنة المجزئة ، وإلحاق الفهارس العامة والأبجدية لموضوعات الكتاب بكل جزء منه ، وهو طابع

يميز مؤلفكم عن غيره من كتب الفقه الإسلامي .

وإني إذ أبعث لكم بتهنئتي لا يسعني إلا التنويه بفضلكم والاعتراف بخدمتكم للعلم في ناحية فقهية هامة تعتبر الأساس لقيام الحياة الاجتماعية والاقتصادية .

وتقبلوا خالص تحياتي وعظيم إعجابي داعيًا لكم بالتوفيق وطول العمر .

المخلص

محمد حسن تحسين

سكرتير إدارة المصوغات

الفهارس والملاحق

أولًا : فهرس الآيات

ثانيًا : فهرس الأحاديث

ثالثًا : فهرس الأعلام

رابعًا : فهرس الكتب

خامسًا : فهرس الأماكن والبلدان

سادسًا : فهرس المصطلحات

سابعًا : فهرس القواعد والفوائد

اولًا : فهرس الآيات

الآيــــــة	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة	الجزء
إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ	المائدة	90	66	ج 1
وَأُوحِىَ إِلَىَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ	الأنعام	19	36	ج 1
وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ	الأنعام	112	310	ج 1
يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔوا۟ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ ...	التوبة	32	52 ، 82	ج 1
وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً	هود	118	688 ، 1310	ج 2،3
قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ	يوسف	18	1028	ج 3
إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ	يوسف	26	1028	ج 3
وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ	يوسف	27	1028	ج 3
فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن	يوسف	28	1028	ج 3
إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ	الحجر	9	65 ، 69	ج 1
وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ	النحل	44	69 ، 88	ج 1
وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا	الإسراء	15	90	ج 1
وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً	الإسراء	32	225	ج 1
وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا	الإسراء	85	21 ، 54	ج 1
بَلْ نَقْذِفُ بِٱلْحَقِّ عَلَى ٱلْبَٰطِلِ فَيَدْمَغُهُۥ	الأنبياء	18	865	ج 2
ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا	النور	2	49 ، 85	ج 1
وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم .... وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً	الروم	21	808	ج 2
وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ	الأحزاب	4	185	ج 1
ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ	الأحزاب	5	111 ، 304	ج 1
وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ	الأحزاب	6	186 ، 304	ج 1
وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ	الأحزاب	37	184 ، 186	ج 1
مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ	الأحزاب	40	110 ، 305	ج 1
فَسَتَذْكُرُونَ مَآ أَقُولُ لَكُمْ	غافر	44	76	ج 1
لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ	فصلت	42	70	ج 1
سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ .... حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ	فصلت	53	1662	ج 4
وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ	الشورى	38	78	ج 1
إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ	الحجرات	13	38 ، 97	ج 1
إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ	النجم	4	70	ج 1
فَٱعْتَبِرُوا۟ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَٰرِ	الحشر	2	69	ج 1
وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ	الحشر	7	58	ج 1
وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ	الصف	8	860	ج 2
فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ	الجمعة	9	148	ج 1
وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ	الحاقة	44	7	ج 1
فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ	الزلزلة	6 ، 7	1663	ج 4

ثانيًا : فهرس الأحاديث

الآيـــــــة	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة	الجزء
إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ	المائدة	90	66	ج 1
وَأُوحِىَ إِلَىَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ	الأنعام	19	36	ج 1
وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ	الأنعام	112	310	ج 1
يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔوا نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ ...	التوبة	32	52 ، 82	ج 1
وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً	هود	118	688 ، 1310	ج 2،3
قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ	يوسف	18	1028	ج 3
إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ	يوسف	26	1028	ج 3
وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ	يوسف	27	1028	ج 3
فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن	يوسف	28	1028	ج 3
إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ	الحجر	9	65 ، 69	ج 1
وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ	النحل	44	69 ، 88	ج 1
وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا	الإسراء	15	90	ج 1
وَلَا تَقْرَبُوا ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً	الإسراء	32	225	ج 1
وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا	الإسراء	85	21 ، 54	ج 1
بَلْ نَقْذِفُ بِٱلْحَقِّ عَلَى ٱلْبَٰطِلِ فَيَدْمَغُهُۥ	الأنبياء	18	865	ج 2
ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا	النور	2	49 ، 85	ج 1
وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم .... وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً	الروم	21	808	ج 2
وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ	الأحزاب	4	185	ج 1
ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ	الأحزاب	5	111 ، 304	ج 1
وَأُولُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ	الأحزاب	6	186 ، 304	ج 1
وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ	الأحزاب	37	184 ، 186	ج 1
مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ	الأحزاب	40	110 ، 305	ج 1
فَسَتَذْكُرُونَ مَآ أَقُولُ لَكُمْ	غافر	44	76	ج 1
لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ	فصلت	42	70	ج 1
سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ .... حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ	فصلت	53	1662	ج 4
وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ	الشورى	38	78	ج 1
إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ	الحجرات	13	38 ، 97	ج 1
إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ	النجم	4	70	ج 1
فَٱعْتَبِرُوا يَٰٓأُولِى ٱلْأَبْصَٰرِ	الحشر	2	69	ج 1
وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ	الحشر	7	58	ج 1
وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ	الصف	8	860	ج 2
فَٱسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ	الجمعة	9	148	ج 1
وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ	الحاقة	44	7	ج 1
فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ	الزلزلة	6 ، 7	1663	ج 4

ثانيًا : فهرس الأحاديث

ثالثًا : فهرس الأعلام

رابعًا : فهرس الكتب

خامسًا : فهرس الأماكن والبلدان

سادسا : فهرس المصطلحات

سابعًا : فهرس القواعد والفوائد (الجزء الأول)

القاعدة	ص
السفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذة بالإقرار في المعاملات .	1033
الضمان الشخصي ضم ذمة إلى أخرى في الطلب .	1040
الضمان هو التزام من جانب الضامن وهو عقد بلا عوض ، وبلا مقابل .	1041
يبطل الضمان إذا فسدت المديونية .	1041
ضمان الصغير والسفيه وضمان الحق غير الواجب باطل .	1041
لا ضمان مع العين المنتفع بها أو المستعملة .	1042
لا ضمان للوارث قبل الميراث .	1042
لا يصح الضمان من سفيه ولا من صبي ولا من مجنون ولا من مكره ، ولا من مريض ، ولا من امرأة فيما زاد على الثلث .	1042
إذا مات الضامن من قبل الأجل عجل الدين من تركته .	1044
يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه ولو مقومًا .	1049
الضامن ملزم بأداء ما ضمنه كاملًا .	1052
الضمان يسقط بأداء الضامن ، أو طلب الضامن المقاصة مع الدائن .	1052
الضمان لا يسقط بموت الضامن .	1053
إذا كان الرهن بيد المرتهن فلا ضمان عليه إلا إذا أتلف أو أهمل .	1064
يجوز للمرتهن اشتراط المنفعة لنفسه بمدة زمنية أو في عقد بيع أو قرض .	1066
متى فات أجل الدين واستحق الالتزام الوفاء وجب أداء الالتزام ، فإن أداه المدين أخذ رهنه ، وإن لم يؤده بيع الرهن ، واستوفى الدائن حقه .	1067
لا يجوز الاتفاق على تملك العين المرهونة نظير الدين متى جاء الأجل ، ولم يف ، بل يجب أن يباع الرهن بطريق المزايدة العلنية .	1068
لا هبة لوارث .	1073
الرهن لا ينقل تبعًا للدين إلا إذا قبل الراهن .	1079
لا ميراث إلا بعد سداد الدين .	1095
يبطل الرهن إذا كان الدين غير لازم ، أو غير صائر إلى اللزوم .	1100
الرهن إذا تم من عديم الأهلية يقع باطلًا بطلانًا لا يلغى إلا إذا طلب إلغاؤه ، ويستثنى من ذلك القاصر ونظام الشركة في أملاك الزوجين .	1105
من له البيع له الرهن .	1108
الرهن يكون على الأملاك الحاضرة لا على المستقبلة .	1109
من يملك حق البيع يملك الرهن ، ولا يجوز الرهن للقاصر ولا المحجور عليه .	1110
القاصر التاجر متى كان مأذونًا له في التجارة من وليه صح رهنه .	1111
لا يجوز للزوج التصرف في ملك زوجته إلا إذا كان من خلال توكيل صراحة أو ضمنًا .	1115
علانية الرهن تتحقق بالإشهاد على نفس عقد الرهن ، ولا يتم الرهن إلا بالحوز من المرتهن للرهن .	1125
إذا بيع الرهن قبل قبضه بطل الرهن .	1127
ليس للمرأة المتزوجة رهن قانوني .	1132

القاعـــــدة	ص
التركة مطلقًا وعلى أي حال .	1449
قضاء الدين مقدم على الوصايا ؛ لأن الدين واجب والوصايا* تبرع وهبة .	1450
هبة المورث لأحد الورثة تعتبر حقًّا مملوكًا للموهوب له عقارًا أو منقولًا متى تمت الهبة حال حياة المورث .	1463
هبة الصبي والمجنون والسفيه باطلة قطعًا .	1464
الهبة تملك بالقبض ، ولا ترد للتركة بعد الوفاة .	1465
الوصية للوارث باطلة إلا إذا أجازها الورثة .	1466
ما دامت التركة مشاعة ، فكل وارث يملك نصيبه مشاعًا .	1490
الوارث لا يدفع دين التركة أزيد مما ورثه .	1494
تصح الهبة بالقبول ، وتتم بالحيازة والقبول شرط فيها ، فالقبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط في تمامها .	1499
الوصية عقد يصح الرجوع فيه ما دام الموصي حيًّا .	1503
الهبة يصح الرجوع فيها متى شرط ذلك في عقد إيجادها .	1505
الوصية متى تحققت بعد الوفاة لا رجوع فيها لأحد ما دامت صحيحة .	1505
لا يجوز التصرف في مال القاصر إلا بعوض .	1512
وصية الصغير ليست محددة إلا بثلث ماله .	1513
الوصية للوارث باطلة .	1518
لا وصية لوارث .	1519
يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب أهلًا للتصرف في ماله وقت الهبة .	1526
المالك يتصرف في ملكه كما يشاء تصرفًا مطلقًا .	1543
الوصية تصرف في ملك الورثة لأنه بوفاة المورث انتقل ملك أعيان التركة لهم .	1543
الهبة تنقطع بالموت والوصية تبتدئ بالموت .	1545
الهبة للوارث تصح وتجوز متى حازها الموهوب له قبل وفاة الواهب .	1546
لا يصح تفضيل وصية على أخرى إلا بنص من الموصي .	1548
المنفعة التي وهبت تمت هبتها حال حياة الواهب فلا دخل لها بالتركة .	1549
الوصية بمنفعة ملك فلا تحسب المنفعة (ينظر) من أصل التركة إنما يحسب عين الشيء .	1549
لا يشترط لصحة الهبة أن تكون علانية ، بل تصح بمجرد قول الواهب وهبت كذا ، أو أعطيت كذا لفلان .	1553
صيغة الهبة من إيجاب وقبول ركن من أركانها ، فلو انعدمت الصيغة بطلت الهبة .	1555
إذا باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إلا إذا أشهد على ذلك وأعلن .	1555
إذا مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه .	1555
تبطل الهبة إذا وهبها واهبها لشخص ثان وحازها قبل الأول .	1556
الهبة لا تبطل ببيعها من واهبها قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها ويخير الموهوب له في رد البيع أو في إجازته وأخذ الثمن .	1556

الملاحق

1 - كشاف المصطلحات الفقهية والاقتصادية
2 - مراجع الدراسة ومصادر الفقه المالكي .

فهرس
المصطلحات الفقهية والاقتصادية
لكتاب المقارنات التشريعية

إباحة : الإباحة في اللغة : الإذن في الفعل والترك . يقال : أباح الرجل ماله ؛ أي أذن في أخذه وتركه وجعله مطلق الطرفين .

وعرف الأصوليون الإباحة بأنها : خطاب اللّه المتعلق بأفعال المكلفين تخييرًا من غير بدل .

وعرف الفقهاء الإباحة بأنها : الإذن بإتيان الفعل حسب مشيئة الفاعل في حدود الإذن .

الإبراء : الإبراء في اللغة : جعل الغير بريئًا من حق عليه . وفي الاصطلاح الفقهي : هو إسقاط الشخص حقًّا له في ذمة آخر .

والإبراء عند فقهاء الحنفية قسمان : إبراء إسقاط ، وإبراء استيفاء . وقد اعتبروا الأول منهما هو الإبراء الحقيقي ، حيث إن الثاني (الذي هو عبارة عن الاعتراف بالقبض والاستيفاء للحق الثابت لشخص في ذمة آخر) هو نوع من الإقرار .

إتلاف : الإتلاف في اللغة : جعل الشيء تالفًا . أي هالكًا . وفي اصطلاح الفقهاء : هو خروج الشيء من أن يكون منتفعًا به المنفعة المطلوبة منه عادة بفعل آدمي . ويعبر عنه بعضهم : بأنه ما يؤدي إلى ذهاب المال وضياعه وخروجه من يد صاحبه .

إجازة : الإجازة لغة : الإنفاذ يقال : أجاز الشيء إذا أنفذه ، واصطلاحًا : أي جعل الشيء جائزًا أي نافذًا ... وذلك بإظهار صاحب الحق موافقته على إمضاء العقد بكل قول أو فعل ينبئ عن ذلك ، وقد جاء في القواعد الفقهية « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » أي إن أثر الإجازة ممن يملكها يظهر من حين إنشاء التصرف ، لا من وقت إعطائها . هذا وقد يطلق الفقهاء « الإجازة » بمعنى الإعطاء كما يطلقونه على الإذن بالإفتاء أو التدريس .

اجتهاد : الاجتهاد في اللغة : هو بذل الوسع والطاقة في طلب أمر ليبلغ مجهوده ويصل إلى نهايته . ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى اللغوي . أما الأصوليون : فمن أدق ما عرفوه به أنه بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني .

الأجرة : في اللغة [آجر] إيجار : أجره ، ومن فلان الدار وغيرها : أكراها منه ، وفلانًا الدار : أكراه إياها ، والأجر : عوض العمل والانتفاع والأجر الحقيقي : ماللنقد الذي يحصل عليه العامل من قوة الشراء والأجرة ، جمعها [أُجَر] بضم الألف وفتح الجيم .

الأجرة اصطلاحًا : بدل معلوم لعمل معلوم في عقد معاوضة فالأجر هو الدخل الذي يحققه المرء من عمله وكلمة الأجور عادة يستدل منها أن التعويض يدفع للعامل على أساس

عمله في الساعة ، ويشترط العلم بالأجر حتى يغلق باب النزاع ، فلا مساومة عليه بعد أداء العمل ، فعن أبي هريرة : « نهى رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يتبين له أجره » وتلزم الأجرة إذا كان العقد صحيحًا ، ولم يكن بالمستأجر عيب في وقت العقد يخل بالانتفاع ، وسلامته أيضًا عن عيب يحدث له وإلا لم يبق العقد لازمًا .

الإجماع : الإجماع في اللغة يراد به تارة العزم ، يقال : أجمع فلان كذا ، أو أجمع على كذا ، إذا عزم عليه ، وتارة يراد به الاتفاق ، فيقال : أجمع القوم على كذا ، أي اتفقو عليه . وقيل : إن المعنى الأصلي له العزم ، والاتفاق لازم ضروري إذا وقع من جماعة .

والإجماع في اصطلاح الأصوليين : اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر ما بعد عصره ﷺ على أمر شرعي .

الاحتياط : الاحتياط في اللغة الأخذ في الأمور بالأحزم والأوثق من جميع الجهات . ومنه قولهم : افعل الأحوط ، أي افعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويل .

أما في الاصطلاح الفقهي فقد قيل : هو فعل ما يتمكن به من إزالة الشك . وقال الجرجاني : هو حفظ النفس عن الوقوع في المآثم . ولعل أجود ما عُرِّف به أنه « احتراز المكلف عن الوقوع فيما يشك فيه من حرام أو مكروه » .

الإحصان : بكسر الهمزة هو العفة . وتحصين النفس من الوقوع في الحرام . وفي القرآن الكريم : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ [النور 33] .

إحياء الموات : إحياء في اللغة يعني حصل الشيء حيًّا . والموات : الأرض التي خلت من العمارة والسكان . والمراد بمصطلح « إحياء الموات » عند الفقهاء : عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد ومقصود بعمارتها : التسبب للحياة النافعة فيها ببناء أو غرس أو حراثة أو سقي ونحو ذلك .

الاختلاط : الاختلاط ضم الشيء إلى الشيء ، وقد يمكن التمييز بينهما كما في الحيوانات ، وقد لا يمكن كما في المائعات فيكون مزجًا . ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن هذا المعنى .

الاختلاف : الاختلاف لغة : مصدر اختلف . والاختلاف نقيض الاتفاق .

ويستعمل الاختلاف عند الفقهاء بمعناه اللغوي .

إرادة : الإرادة في اللغة : المشيئة . وعند المتكلمين : صفة توجب للحيّ حالًا يقع منه الفعل على وجه دون وجه . وهي عند الفقهاء بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه .

هذا ويقسم الفقهاء الإرادة في التصرفات الشرعية إلى قسمين : ظاهرة وباطنة .

فأما الإرادة الباطنة : فهي الإرادة الخفية التي لا يطلع عليها .

وأما الظاهرة : فهي الإرادة المعلنة المصرح بها باللفظ أو ما يقوم مقامه كالتعاطي .

الإرث : بكسر الهمزة وسكون الراء : من معانيه : الميراث . والأصل و : الأمر القديم توارثه الآخر عن الأول والبقية من الشيء . وقيل : الأرث - بالهمزة يستعمل في الحسب ، والورث - بالواو - يستعمل في المال .

الأرش : بفتح الهمزة وسكون الراء : هو دية العضو في الجراحات ، أي بدل الدم ، أو بدل الجناية ، مقابلة بآدمية المقطوع أو المقتول ، لا بماليته . فهو اسم للمال الواجب على ما دون النفس ، من الأطراف . وقد يطلق الأرش على بدل النفس . أي الدية - وحكومة العدل . والأرش مشتق من التأريش - أي الإفساد بين القوم .

استئناف : من معاني الاستئناف لغة : الابتداء والاستقبال وقد استأنف الشيء أخذ أوله وابتدأه .

وبتتبع استعمالات هذا المصطلح لدى الفقهاء يمكن الوصول إلى تعريفه بأنه : البدء بالماهية الشرعية من أولها ، بعد التوقف فيها وقطعها لمعنى خاص .

استبراء : الاستبراء لغة : طلب البراءة ، وبرئ تطلق بإزاء ثلاث معان : برئ إذا تخلص ، وبرئ إذا تنزه وتباعد ، وبرئ إذا أعذر وأنذر . وأما الاستبراء من بوله إذا استنزه . وللاستبراء استعمالان شرعيان :

الأول : يتصل بالطهارة كشرط لصحتها ، فهو بهذا من مباحث العبادة .

والثاني : يتصل بالاطمئنان على سلامة الأنساب ، وعدم اختلاطها ، فهو بهذا من مباحث النكاح .

استحقاق : الاستحقاق في اللغة : الاستيجاب . مأخوذ من الحق ؛ وهو ما وجب وثبت . يقال : استحق فلان الأجر ؛ أي استوجبه . واستحق فلان العين ، فهي مستحقة : إذا ثبت أنها حقه وفي الاصطلاح الفقهي : هو كون الشيء حقًّا واجبًا للغير . وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض » .

استحسان : الاستحسان في اللغة : هو عد الشيء حسنًا ، وضده الاستقباح . وفي علم أصول الفقه عرفه بعض الحنفية بأنه : اسم لدليل يقابل القياس الجلي يكون بالنص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الخفي والاستحسان - على استخراج المسائل الحسان فهو استفعال بمعنى إفعال ، كاستخراج بمعنى إخراج .

استرداد : الاسترداد في اللغة : طلب الرد وسؤاله . ولم يخرج الفقهاء في استعمالهم لهذه الكلمة عن معناها اللغوي . وقد ذكر الفقهاء للاسترداد أسبابًا متنوعة ، منها : الاستحقاق ، والتصرفات غير اللازمة ، الموت ، الرشد وغير ذلك .

استعمال : الاستعمال في اللغة : طلب العمل ، أو توليته ، واستعمله : عمل به ، واستعمل فلان : ولي عملًا من أعمال السلطة ، وحبل مستعمل : قد عمل به ومهن ، والاستعمال في عرف الفقهاء لا يخرج عن معناه اللغوي .

الاستغلال : هو طلب الغلة ، والغلة هي : كل عين حاصلة من ريع الملك ، وهذا هو عين الاستثمار ، مما تخرجه الأرض هو ثمرة ، وهو غلة ، وهو ريع .

أما بيع الاستغلال : فهو مصطلح فقهي مستعمل في مذهب الحنفية ، ويقصد به بيع الوفاء إذا وقع مشروطًا فيه أن يؤجر المشتري المبيع للبائع .

أما حق الاستغلال في الاصطلاح القانون المعاصر . فالمراد به انتفاع المالك بغلة الشيء المملوك وثماره ونتاجه .

استلحاق : الاستلحاق لغة : مصدر استلحق ، يقال : استلحقه ادعاه . واصطلاحًا : هو الإقرار بالنسب والتعبير بلفظ الاستلحاق هو استعمال المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وأما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة .

الاستنباط : - بكسر الهمزة - من معانيه : استخراج الماء من العين - البئر - من قولهم : نبط الماء ، إذا خرج من منبعه .

استهلاك : الاستهلاك لغة : إهلاك الشيء وإفناؤه .

أما اصطلاحًا فهو تصيير الشيء هالكًا أو كالهالك - مثل الثوب البالي - أو خلطه بغيره بحيث لا يمكن إفراده بالتصرف كاستهلاك السمن من الخبز .

استيلاء : من معاني الاستيلاء لغة : وضع اليد على الشيء ، والتمكن منه ، والغلبة عليه . وفي اصطلاح الفقهاء : هو إثبات اليد على المحل ، أو الاقتدار على المحل حالا ومآلًا ، أو القهر والغلبة ولو حكمًا . أما الفعل المادي الذي يتحقق به الاستيلاء ، فإنه يختلف بحسب الأشياء والأشخاص والأزمنة والأمكنة ؛ لأن مداره على العرف .

الإسراف : بكسر الهمزة - هو إنفاق المال الكثير في الغرض الخسيس . أو : تجاوز الحد في الفقه . أو : أن يأكل الرجل مالا يحل له ، أو يأكل مما يحل له فوق الاعتدال ومقدار الحاجة .

والإسراف : تجاوز في الكمية ، فهو جهل بمقادير الحقوق بينما التبذير : تجاوز في موضع الحق ، فهو جهل بمواقعها .

إشهاد : الإشهاد في اللغة : مصدر أشهد ، وأشهدته على كذا فشهد عليه أي : صار شاهدًا ، وأشهدني عقد زواجه أي أحضرني . ولا يخرج استعمال الفقهاء للإشهاد عن هذين المعنيين .

إشهار : الإشهار : مصدر أشهر بمعنى أعلن ، والشهر في اللغة بمعنى الإعلان والإظهار .

يقال : شهرته بين الناس وشهرته . أي أبرزته وأوضحته . أما الإشهار فغير منقول لغة – كما قال الفيومي – ولكن الفقهاء استعملوه – ولا سيما المالكية – بمعنى الإعلان .

الإصر : – بكسر الهمزة وسكون الصاد – هو القيد . ويسمى به العقد في المعاملات المالية ونحوها لأنه يقيد المتعاقدين ويلزمهم بالتزامات محددة . وفي القرآن الكريم ﴿ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ ﴾ [الأعراف 157] .

إصلاح : الإصلاح : – بكسر الهمزة – من الصلاح : ضد الفساد ، والإصلاح هو التغيير والتطوير الشامل والجذري في مختلف الميادين ؛ ولذلك وصفت رسالة السماء بأنها : إصلاح . وفي القرآن الكريم ﴿ إِنْ أُرِيدُ إِلَّا ٱلْإِصْلَٰحَ مَا ٱسْتَطَعْتُ ﴾ [هود : 88] .

إعارة : الإعارة في اللغة : من التعاور ، وهو التداول والتناوب مع الرد . والإعارة مصدر أعار ، والاسم منه العارية ، وتطلق على الفعل ، وعلى الشيء المعار ، والاستعارة طلب الإعارة . والإعارة هي تمليك المنافع بغير عوض مالي .

اعتراف : الاعتراف لغة : مرادف للإقرار . يقال : اعترف بالشيء : إذا أقر به على نفسه . وهو كذلك عند الفقهاء وقال الفيومي : إنه تفسير بالمرادف .

إعسار : أصل معنى الإعسار في اللغة : الانتقال من الميسرة إلى العسرة . والعُسرةُ : هي الضيق وقلة ذات اليد . فالعُسر نقيض اليسر . والإقلال أيضًا عُسرة ؛ لأن الأمر ضيق عليه شديد .

أما العُسرة في الاصطلاح الفقهي فتعني عدم قدرة المرء على أداء ما عليه من مال .

إفلاس : الإفلاس في اللغة : أن يصير المرءُ ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة ، أو أن يصير إلى حال ليس له فلوس . أما في الاصطلاح الفقهي : فهو أن يكون الدين الذي على الشخص أكثر من ماله ، سواء أكان غير ذي مال أصلًا ، أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه .

إقالة : الإقالة في اللغة تعني الرفع والإزالة ، ومن ذلك قولهم : أقال اللّه عثرته أي رفعه من سقوط ومن ذلك الإقالة في البيع ؛ لأنها رفع للعقد ونقض وإبطال .

والإقالة في الاصطلاح الفقهي : رفع العقد ، وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين .

إقامة : الإقامة في اللغة مصدر : أقام ، وأقام بالمكان ثبت به ، وأقام الشيء : ثبته وعدله وتطلق الإقامة في الشرع بمعنيين :

الأول : الثبوت في المكان ، فيكون ضد السفر .

الثاني : إعلام الحاضرين المتأهبين للصلاة بالقيام إليها بألفاظ مخصوصة وصفة مخصوصة .

الإقرار : من معاني الاقرار في اللغة : الاعتراف . يقال : أقر بالحق إذا اعترف به . وأقر الشيء أو الشخص في المكان : أثبته وجعله يستقر فيه .

وفي اصطلاح الفقهاء ، الإقرار : هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر ، وهذا تعريف الجمهور . والإقرار عند المحدثين والأصوليين هو عدم الإنكار من النبي ﷺ على قول أو فعل صدر أمامه ، وتنظر أحكامه في مصطلح (تقرير) الملحق الأصولي .

إكراه : الإكراه : - بكسر الهمزة - لغة : - حمل الانسان على مالا يريده وإجباره وإلزامه بما يكره ، طبعًا أو شرعًا .

والإكراه - شرعًا . اسم لفعل من يفعل الأمر لغيره فينتفي به اختياره . أو هو : عبارة عن تهديد القادر على ما هدد غيره بمكروه على أمر ، بحيث ينتفي به بالمرض .

التزام : التزام في اللغة : لزم الشيء لزومًا ، أي ثبت ودام ولزمه المال : وجب عليه .

ويطلق مصطلح الالتزام في الفقه الإسلامي بطريق الاشتراك على أحد معنيين : معنى خاص وعام ، فتعريفه بمعناه الخاص : إيجاب الإنسان على نفسه شيئًا من المعروف ، مطلقًا أو معلقًا على شيء .

وتعريفه بالمعنى العام : إيجاب الإنسان أمرًا على نفسه إما باختياره أو إرادته من تلقاء نفسه .

أمانة : الأمانة : بفتح الهمزة والميم ممدودة - والجمع : الأمانات هي كل ما يؤتمن عليه ، مالًا أو أسرارًا أو حرمًا . والأمانة أعم من الوديعة ، لاشتراط قصد الحفظ في الوديعة ، بخلاف الأمانة ، والأمانة عين ، والوديعة معنى الأمانة في المصطلح القرآني : هو الحقوق المرعية التي يجب الحفاظ عليها وأداؤها ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء 58] .

والأمانة - في قوله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضۡنَا ٱلۡأَمَانَةَ ﴾ [الأحزاب 72] هي العقل . وقيل : الفرائض . وقيل : العدالة . وقيل : كلمة التوحيد .

امتياز : الامتياز في اللغة يعني الانفصال والعزل . ولا يعهد للفقهاء استعمال لهذه الكلمة بغير هذا المدلول اللغوي . أما في الاصطلاح القانوني فيطلق الامتياز على منع حق خاص أو إذن بتشغيل أو استئجار معين تقوم به حكومة أو شركة خاصة ، كامتياز تمنحه الحكومة لشركة .

انتفاع : الانتفاع بالشيء لغة : الوصول إلى خيره . من النفع ، وهو ما يستعان به في الوصول إلى الخيرات . وما يتوصل به إلى الخير ، فهو خير ، فالنفع خير ، وضده الضر .

وفي الاصطلاح الشرعي عرَّف بعض الفقهاء الانتفاع الجائز بأنه حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكه له . وغالبًا ما يستعمل الفقهاء كلمة الانتفاع مضافة إلى الحق أو الملك .

أنطاع : الأنطاع : بفتح الهمزة - والمفرد النِّطع : - هو البساط من الأديم - ويجمع أيضًا على : نطوع - وكانت الأنطاع من أكسية الكعبة .

الإنفاق : الإنفاق – بكسر الهمزة – للمال : – إطراحه من الحوزة وصرفه في أي وجه ، لقاء عائد أو بغير تطوعًا وامتثالاً .

وفي القرآن الكريم ﴿ قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّىٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ ﴾ [الإسراء 100] والنفقة هي المال المصروف – وجمعها نفاق ونفقات . وأنفق الرجل : ذهب طعامه في سفر أو حضر .

إنكار : الإنكار : – بكسر الهمزة ، من معانيه : الجهل ، وفي القرآن الكريم : ﴿ فَدَخَلُواْ عَلَيْهِ فَعَرَفَهُمْ وَهُمْ لَهُۥ مُنكِرُونَ ﴾ [يوسف 58] . والإنكار للحق : جحده ، وفي القرآن الكريم : ﴿ يَعْرِفُونَ نِعْمَتَ ٱللَّهِ ثُمَّ يُنكِرُونَهَا ﴾ [النحل 83] . والإنكار : إخبار لنفسه بما في يده – فهو غير الشهادة والدعوى ، الإقرار . والإنكار للذات : مجانبة الأثرة ، والتضحية عن قصد في سبيل الغير .

الأهلية : الأهلية في اللغة : تعني الجدارة والكفاية لأمر من الأمور . أما في المصطلح الفقهي فهي : كون الإنسان . بحيث يصحّ أن يتعلّق به الحكم والمقصود بالحكم الخطاب التشريعي . فالأهلية صفة أو قابلية في الإنسان يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحًا لأن يتعلق به الخطاب التشريعي ، باعتبار أن الشارع فيما شرع إنما يخاطب الناس بالأحكام آمرًا ناهيًا ويلزمهم بتنفيذها واحترامها .

إيجاب : الإيجاب : – بكسر الهمزة الممدودة – في البيع : – هو اللفظ الذي يصدر أولًا من أحد المتعاقدين ، مثل قوله : بعت ، واشتريت وهناك فرق بين ما « يوجب » وبين ما « يقتضي » ، إذ الإيجاب أقوى من الاقتضاء ؛ لأنه إنما يستعمل فيما إذا كان الحكم ثابتًا بالعبارة أو الإشارة أو الدلالة ، فيقال : النص يوجب . وأما إذا كان ثابتًا بالاقتضاء ، فلا يُقال : يوجب ، وإنما يقال : يقتضي . وسمي الإيجاب إيجابًا ؛ لأنه موجب وجود العقد إذا اتصل به القبول . والقبول هو المقابل للإيجاب .

بدل : البدل في اللغة معناه : الخلف . ويرد لفظ البدل على ألسنة الفقهاء في أبواب المعاملات المالية بمعنى العوض : وهو ما يُبْذلُ في مقابلة غيره . ومن ذلك قولهم في باب الصرف : يشترط في صحة العقد التقابض في البدلين قبل التفرق وباب الإجارة : الأجرة هي بدل المنفعة المعقود عليها . وفي البيع : يشترط في كل من البدلين أن يكون مالًا متقومًا ومرادهم في ذلك كله ونحوه من البدل العوض .

البر : البر : بكسر الباء وتشديد الراء – من معانيه : الصلة ، والخير ، والاتساع في الإحسان ، والصدقة ، والطاعة والبر – للرَّحم : – صلته وحسن معاملته – وللوالدين : – التوسع في الإحسان إليهما – والبر – بإطلاق : – كلمة جامعة لكل صفات الخير ، وفي القرآن الكريم : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ [المائدة 2] .

البراءة : بفتح الباء – في المصطلحات المالية الديوانية : – حُجة يعطيها الجهبذ أو الخازن للمؤدي بما يؤديه إليه من أموال . والبراءة : الإعذار والإنذار . وفي القرآن الكريم ﴿ بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ ﴾ [التوبة : 1] .

البكر : البكر : بكسر الباء وسكون الكاف – والجمع الأبكار – من البشر : – والأنثى التي لم توطأ بنكاح – ومن الإبل : – هي التي وضعت بطنًا واحدة . ومن البهائم : التي لم يفتحلها الفحل . وفي القرآن الكريم ﴿ ثَيِّبَٰتٍ وَأَبْكَارًا ﴾ [التحريم 5] ﴿ قَالَ إِنَّهُۥ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَّا فَارِضٌ وَلَا بِكْرٌ عَوَانٌۢ بَيْنَ ذَٰلِكَ ﴾ [البقرة : 68] .

بيت المال : بيت المال في اللغة : هو المكان المعد لحفظ المال خاصًا كان أو عامًا ، ومأخوذ من البيت وهو موضوع المبيت . بيت المال في الاصطلاح أو في الشرع : أطلق لفظ بيت مال المسلمين – في صدر الإسلام – للدلالة على المبنى والمكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية .

ثم تطور « بيت المال » في العصور الإسلامية اللاحقة حتى صار يطلق على الجهة التي تملك المال العام للمسلمين من النقود والعروض والأراضي .

البيع : أصل البيع في اللغة : مبادلة المال بالمال . وهو من الأضداد كالشراء ؛ ولذلك يطلق على كل من العاقدين أنه بائع ومشتر . وفي الاصطلاح الفقهي : البيع هو تمليك البائع مالًا للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع . وعبر عنه بعض الفقهاء بأنه مبادلة مال بمال بالتراضي – وهو عند الفقهاء أربعة أنواع :

أحدها : بيع العين بالعين ، كبيع السلع بأمثالها ويسمى بيع المقابضة .

الثاني : بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة بالثمن المطلق إليه تنصرف كلمة بيع إذا أطلقت .

الثالث : بيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلقة بالثمن المطلق ويسمى عقد الصرف .

الرابع : بيع الدين بالعين وهو السلم ، حيث إن المسلم فيه مبيع ، وهو دين ورأس المال قد يكون عينًا وقد يكون دينًا غير أن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين فيصير بذلك عينًا .

بيع الثنيا (بيع الوفاء) : البيع هو : مبادلة مال بمال . الوفاء لغة : ضد الغدر ، يقال : وفى بعده وأوفى بمعنى واحد ، والوفاء : الخلق الشريف العالي الرفيع وفي اصطلاح الفقهاء ، بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه ، وإنما سمي « بيع الوفاء » لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط .

هذا ، ويسميه المالكية « بيع الثنيا » والشافعية « بيع العهدة » والحنابلة « بيع الأمانة » وسمي

في بعض الكتب الحنفية « بيع المعاملة » .

بيع الجزاف : الجزاف اسم من جازف مجازفة من باب قاتل ، والجزاف بالضم خارج عن القياس ، والقياس بكسر الجيم وهو في اللغة من الجزف ، أي الأخذ بكثرة ، وجزف في الكيل جزفًا : أكثر منه .

وبيع الجزاف اصطلاحًا : هو بيع ما يكال ، أو يوزن أو يعد ، جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد .

البينة : بفتح الباء : - هي ما يبين الشيء ويوضحه ، حسيًا كان الشيء أو عقليًا . والبينة : الحجة الظاهرة . والبرهان : بيان يظهر به الحق من الباطل - والبينة : الشهادة . ويقال : إن الحجة في الشرع ثلاثة أقسام : البينة . والإقرار . والنكول .

تأمين : التأمين في اللغة مأخوذ من الأمانة التي هي ضد الخيانة فيقال : أمَّنَهُ تأمينًا وائتمنه واستأمنه . أما في لغة الفقهاء فيعنون به قول « آمين » فيقولون : أمَّنتُ على الدعاء تأمينًا ؛ أي قلت عنده آمين . ومعناه : استجب . أما عقد التأمين فهو عقد معاوضة يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن أن يؤدي إلى الطرف ، وهو المؤمن له أو إلى المستفيد الذي جعل التأمين لمصلحته عوضًا ماليًا يتفق عليه ، يدفع عند وقوع الخطر أو تحقق الخسارة المبينة في العقد ، وذلك نظير رسم يسمى « قسط التأمين » يدفعه المؤمن له بالنقد والأجل والكيفية التي ينص عليها العقد المبرم بينهما .

التبرع : التبرع في اللغة : التطوع من غير شرط . وتبرع بالأمر : فعَلهُ غير طالب عوضًا .

وأما في الاصطلاح ، فلم يضع الفقهاء تعريفًا للتبرع ، وإنما عرفوا أنواعه كالوصية والهبة والوقف وغيرها . والذي يستنتج من مجموع تعريفاتهم لضروبه وأنواعه أنه بذل المكلف مالًا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عوض بقصد البر والمعروف غالبًا . وعندما تعرض الفقهاء لتصنيف العقود المسماة أدرجوا التبرعات تحت زمرة التمليكات وجعلوها قسيمًا للمعاوضات .

تجارة : التجارةُ في اللغة تعني تقليب المال بالبيع والشراء ونحو ذلك طلبًا للربح . وقد عرفها النووي بأنها : « تقليب المال وتصريفه لطلب النماء » وعرفها المناوي بأنها : « تقليب المال بالتصرف فيه لغرض الربح » .

تدليس : التدليس لغة : كتمان العيب . والتدليس في البيع أن يكون بالسلعة عيب باطن ، فلا يخبر البائع المشتري لها بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه . قال الأزهري . والتدليس مأخوذ من الدُّلْسَة ، وهي الظلمة ، فإذا كتم البائع العيب ، ولم يخبر به ، فقد دلس . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للكلمة عن مدلولها اللغوي .

تركة : تركةُ الميت في اللغة : ما يتركه من الميراث . والجمع تركات . وفي الاصطلاح

اختلف الفقهاء في تعريفها على رأيين : فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن التركة هي كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقًا . وذهب الحنفية إلى أن التركة هي ما يتركه الميت من الأموال صافيًا عن تعلق حق الغير بعينه .

تعويض : أصل التعويض لغة : إعطاء العوض ، وهو البدل وعند الفقهاء : دفعُ ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق الضرر بالغير .

تلف : التلف في اللغة يعني الهلاك والعطب ، وهو كذلك في الاستعمال الفقهي ، والإتلاف هو إحداث التلف . وقد حكى الفقهاء أن التلف إما أن يكون بعارض سماوي ، وهو ما يعبر عنه بالآفة السماوية أو بالجائحة . وإما أن يكون بفعل من المخلوق ، وهذا يقسمه الفقهاء إلى نوعين : تلف حسي ، وتلف شرعي . ويريدون بالتلف الحسي هلاك العين نفسها ، سواء أتى عليها كلها أو بعضها . ويريدون بالتلف الشرعي – وهو المسمى عند المالكية بالتلف الحكمي – منع الشارع من الانتفاع بالعين مع بقائها بسبب من المتلف .

تكليف : التكليف لغة : مصدر كلف . فتقول : كلفت الرجل : إذا ألزمته ما يشق عليه .

قال اللّه تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : 286] وفي الاصطلاح : طلب الشارع ما فيه كلفة من فعل أو ترك ، وهذا الطلب من الشارع بطريقة الحكم ، وهو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير .

تمليك : التمليك في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي : جعلُ الغير مالكًا للشيء . وهو عند الفقهاء على أربعة أنواع : (الأول) تمليك العين بالعوض . وهو البيع .

(الثاني) تمليك العين بلا عوض . وهو الهبة .

(الثالث) تمليك المنفعة بالعوض . وهو الإجارة .

(والرابع) تمليك المنفعة بلا عوض . وهو العارية .

التوكل : معناه : الثقة بما عند اللّه ، لا بما عند الناس وهو غير التواكل ، الذي هو : أن يكل الناس بعضهم إلى بعض – وفي القرآن الكريم ﴿ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ ﴾ [آل عمران : 159] .

الجزاف : بضم الجيم وفتحها وكسرها – والضم أفصح – وفتح الزاي ممدودة : هو المجهول القدر . والأخذ بكثرة دون تقدير . والبيع بالحدس ، دون كيل أو وزن .

الجعالة : الجِعالة – بكسر الجيم ، وقيل بالتثليث – تطلق في اللغة على الجعل : وهو ما يجعل للإنسان على عمله أعم من الأجر والثواب . أما في الاصطلاح الفقهي فهي التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه .

جنابة : الجنابة لغة : ضد القرب والقرابة ، وجنب الشيء ، وتجنبه ، الجنابة في الأصل : البعد ، ويقال أجنب الرجل وجنب - وزان قرب - فهو جنب من الجنابة . أما تعريفها اصطلاحًا فقد قال النووي : تطلق الجنابة في الشرع على من أنزل المني ، وعلى من جامع ، وسمي جنبا ، وفي نهاية المحتاج : الجنابة شرعًا أمرمعنوي يقوم بالبدن يمنع صحة الصلاة حيث لا مرخص .

الجناية : الجناية في اللغة الذنب والجرم ، قال الجرجاني : الجناية كل فعل محظور يتضمن ضررًا على النفس أو غيرها . والجناية شرعًا : اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس . فقالوا أي الفقهاء : جنايات الإحرام ، والمراد بها كل فعل ليس للمحرم أو الحاج أن يفعله . وعبر عنها جمهور الفقهاء بممنوعات الإحرام أو محظوراته ، أو محرمات الإحرام ، الحرم .

الجهاد : الجهاد مصدر جاهد ، وهو من الجهد - بفتح الجيم وضمها - أي الطاقة والمشقة ، وقيل : الجهد - بفتح - هو المشقة ، وبالضم الطاقة . الجهاد اصطلاحًا : قتال مسلم كافرًا غير ذي عهد بعد دعوته للإسلام وإبائه ، وإعلاء لكلمة اللّه .

الحبس : الحبس في اللغة : المنع والإمساك - مصدر حبس يطلق على الموضع وجمعه حبوس . ويقال للرجل : محبوس وحبيس ، أما في الاصطلاح فالحبس هو : تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والاجتماعية .

الحجر : الحجر في اللغة : المنع . ثم استعمل في اصطلاح الفقهاء في منع مخصوص ، وهو المنع من التصرف في المال . وهو عندهم نوعان : حجر على الإنسان لحق نفسه . وحجر عليه لحق غيره فأما الحجر عليه لمصلحة نفسه فكالحجر على الصبي والمجنون . وأما الحجر عليه لمصلحة غيره فكالحجر على المفلس لحق الغرماء وعلى الراهن في التصرف في العين المرهونة .

الحد : - بفتح الحاء - والجمع : الحدود - من معانيه : الطرف : والنهاية . والمنع - والحاجز المانع بين شيئين . وفي القرآن الكريم : ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ﴾ [الطلاق : 1] والحد المشترك : هو المتوسط بين مقدارين ، يكون نهاية لأحدهما بداية لثانيهما - ولابد أن يكون مخالفًا لهما .

الحرابة : الحرابة من الحرب التي هي نقيض السلم : يقال : حاربه محاربة ، وحرابًا ، أو من الحرب . بفتح الراء : وهو السلب . والحرابة في الاصطلاح وتسمى قطع الطريق عند أكثر الفقهاء هي البروز لأخذ مال ما أو لقتل أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرة ، اعتماد على القوة مع البعد عن الغوث .

الحرث : بفتح الحاء وسكون الراء : هو كسب المال وجمعه . والحرث : الزرع . وفي

القرآن الكريم : ﴿ إِنَّهُۥ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَّا ذَلُولٌ تُثِيرُ ٱلْأَرْضَ وَلَا تَسْقِى ٱلْحَرْثَ ﴾ [البقرة : 71] والحرث : للأرض : إثارتها - شقها - وتهيئتها للزرع والغرس . والحرث : نعم الدنيا وثواب الآخرة . وفي القرآن الكريم ﴿ مَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلْـَٔاخِرَةِ نَزِدْ لَهُۥ فِى حَرْثِهِۦ ۖ وَمَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلدُّنْيَا نُؤْتِهِۦ مِنْهَا وَمَا لَهُۥ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ مِن نَّصِيبٍ ﴾ [الشورى : 20] .

الحرمة : والتحريم - شرعًا :- الحكم بطلب ترك فعل ينتهي فعله سببًا للعقاب . وهذا الفعل يسمى حرامًا ومحظورًا .

والحرام : حرام لعينه ، وحرام لغيره . وفي القرآن الكريم ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ﴾ [الأنعام : 145] .

الحصر : - بفتح الحاء وسكون الصاد : - هو إيراد الشيء على عدد معين .

الحق : الحق في اللغة : الثابت الذي لا يسوغ إنكاره . مصدر حق الشيء يحق . إذا ثبت ووجب . قال الراغب : أصل الحق للمطابقة والموافقة . وفي الاصطلاح الشرعي يستعمله الفقهاء بمعان عديدة ومواضع مختلفة - وكلها ترجع إلى المعنى اللغوي للحق . فقد استعملوه بمعنى عام يشمل كل ما يثبت لشخص من ميزات ومكنات ، سواء أكان الثابت شيئًا ماليًا أو غير مالي . كما استعملوه في مقابل الأعيان والمنافع المملوكة بمعنى المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع . كما أنهم يلاحظون أحيانًا المعنى اللغوي فقط في الاستعمال .

حكم : الحكم لغة : القضاء . وأصل معناه : المنع ، يقال : حكم الله أي قضاؤه بأمر والمنع من مخالفته .

ولتعريف الحكم اصطلاحًا يقيد بالشرعي ، تعريفًا له عن العقلي والعادي وغيرهما ، فالحكم الشرعي عند جمهور الأصوليين هو : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرًا أو وضعًا . أما عند الفقهاء فهو : أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرًا أو وضعًا ، فالحكم عندهم هو الأثر أي الوجوب ونحوه ، وليس الخطاب نفسه .

حلال : الحلال لغة : نقيض الحرام ومثله الحل والحلال والحليل ، وهو من حل يحل حلًّا .

والحلال اصطلاحًا : هو الجائز المأذون به شرعًا .

الحوالة : في اللغة مأخوذة من التحويل ، وهو النقل من موضع إلى آخر . قال المطرزي : أصل التركيب دال على الزوال والنقل .

أما في الاصطلاح الشرعي ، فقد ذهب جماهير الفقهاء إلى أن الحوالة : « نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى » .

الحوز : – بفتح الحاء وسكون الواو : ما يحوزه السلطان وولي الأمر من القطائع . وتسمى : الخاص السلطاني ، والخاص الأميري – الحوز : مرتبة أعلى من الإقطاع .

الحول : بفتح الحاء وسكون الواو : – السنة . وفي القرآن الكريم ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ ﴾ [البقرة : 233] .

وحول الشيء : ما يحيط به .

حيازة : يقول أهل اللغة أن كل من ضم إلى نفسه شيئًا ، فقد حازه حوزًا وحيازة ، أما في الاصطلاح الفقهي . فأكثر ما تستعمل هذه الكلمة في مذهب المالكية . وإنهم ليستعملونها في كتبهم بمعنيين أحدهما أعم من الآخر .

أما المعنى الأعم ، فيريدون بالحيازة إثبات اليد على الشيء وتمكن منه وهو نفس معنى القبض عند سائر الفقهاء . أما بالمعنى الأخص ، أي الحيازة التي هي سند الملكية للحائز الذي يدعيها فهي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغير ذلك من وجوه التصرف . فهي عبارة عن سلطة فعلية على شيء يمارسها شخص قد يكون مالكًا لذلك الشيء أو غير مالك له .

خديعة : الخديعة والخدعة مصدر خدع يخدع إظهار الإنسان خلاف ما يخفيه . أو هو بمعنى الختل وإرادة المكروه . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن هذا .

الخراج : الخراج في اللغة : الغلة – وفي الاصطلاح الفقهي : هو ما يوضع على الأرض غير العُشرية من حقوق تؤدى عنها إلى بيت المال . ذلك أن الفلاحين الذين يعملون فيها قد اكتروها بغلة معلومة .

الخسارة : – بفتح الخاء والسين ممدودة – وكذلك الخسر – والخسار – والخُسران : – انتقاص أوضاع رأس المال ، وغيره من نفيس المقتنيات والمنافع والمملكات . والخسارة – في المكيال أو الميزان : – النقض . وفي القرآن الكريم ﴿ وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ ﴾ [الرحمن : 9] .

الخلع : – بضم الخاء وفتحها – لغة : النزع – ومنه خالعت المرأة لزوجها جميع ما أعطاها ، اختص بلفظ : الخلع . وإن بذلت له بعضه ، فهو : الصلح ، وإن بذلت له أكثره ، فهو : الفدية . وإن أسقطت عنه حقها عليه ، فهو المبارأة .

خيار : الخيار في اللغة : اسم مصدر من الاختيار وهو الاصطفاء والانتقاء . ويرد على ألسنة الفقهاء في المعاقدات بمعنى : حق العاقد في اصطفاء خير الأمرين له : إمضاء العقد أو فسخه ، وقد جاء في م 208 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد : « الخيار : هو أن يكون للعاقد حق فسخ العقد أو إمضائه » .

الدعوى : – من الدعاء – وهي – لغة : – قول يقصد به ويطلب الإنسان إضافة عين عند غيره إلى نفسه ، أو دين على غيره لنفسه ، أو حق قِبل الإنسان والفعل : ادعى . والحق أو الدين مدعى . والخصم : مدعى عليه . وهما : متداعيان .

والدعوى – في عرف الفقهاء : مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته .

الدفع : – بفتح الدال مشددة وسكون الفاء – من معانيه : الرد بقوة – والدفع عن المال : حمايته – والدفع له : إعطاؤه .

والدفع – بمعنى الرد بقوة في الحركة الاجتماعية – يختلف عن الصراع الطبقي – والاجتماعي . فالصراع يحمل معنى : صرع طرف لآخر ، ولذلك كانت الإزالة للآخر ، والانفراد بالامتيازات هي الغاية من الصراع . والدفع : هو صرف الشيء قبل الورود – كما أن الرفع هو : صرف الشيء بعد وروده .

الدليل : – بفتح الدال مشددة – لغة : – المرشد – واصطلاحًا : – ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر . وفي القرآن الكريم ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَا الشَّمْسَ عَلَيْهِ دَلِيلًا ﴾ [الفرقان : 45] .

والدليل الإلزامي : هو ما سلم عند الخصم ، سواء كان مستدلًا عند الخصم أو لا .

ربا : الربا في اللغة : الزيادة والنماء والعلو . ويطلق في الشريعة على زيادة مخصوصة . وهو فيها نوعان : (أحدهما) ربا الجاهلية ويسمى ربا الديون أو ربا النسبة وله صورتان ، الأولى : أن يتقرر في ذمة شخص لآخر دين ، سواء أكان منشؤه قرضًا أو بيعًا أو غير ذلك . والثانية : أن يقرض شخص آخر عشرة دراهم بأحد عشر أو نحو ذلك إلى أجل .

(والنوع الثاني) ربا البيوع ، وهو ثابت التحريم بقوله ﷺ : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة .. » هذا وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان النهي في الحديث مقتصرًا على الأصناف الستة المذكورة فيه أم أنه يتعداها إلى غيرها ، وإذا كان متعديًا فما هي العلة أو العلل التي يدور معها التحريم وجودًا وعدمًا ؟

الدين : يقال في اللغة : داينت فلانًا ، إذا عاملته دينًا ، إما أخذًا وإما عطاء . والمتداين والمداينة . دفع الدين ، سُمي بذلك لأن أحدهما يدفعه والآخر يلتزمه ويستعمل الفقهاء كلمة الدين بمعنيين أحدهما أعم من الآخر . أما بالمعنى الأعم فيريدون به مطلق « الحق اللازم في الذمة » . بحيث يشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال أيا كان سبب وجوبها .

وأما بالمعنى الأخص . أي في الأموال . فللفقهاء قولان في حقيقته (أحدهما) للحنفية ، وهو أنه عبارة عن « ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض « وعلى ذلك . خرج عنه كل ما ثبت بغير هذه الأسباب الثلاثة كالزكاة والدية (والثاني) للشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو أنه كل ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته ، وعلى ذلك يدخل فيه كل ما لزم في الذمة من أموال سواء ثبتت في نظير عين مالية أو منفعة من غير مقابل كالزكاة .

ربح : الربح في اللغة : الزيادة الحاصلة في التجارة . ثم يتجوز به في كل ما يعود من ثمرة عمل . ويسند الفعل تارة إلى صاحب التجارة ، وتارة إلى التجارة نفسها ، فيقال : ربح في تجارته ، وربحت تجارته .

ويطلق الربح في المصطلح الفقهي على الزيادة في رأس المال نتيجة تقليب المال من حال إلى حال في عمليات التبادل المختلفة .

الرحمة : هي رقة القلب وعطفه . والنعمة الناشئة عن الرحمة . وفي القرآن الكريم :

﴿ وَإِذَآ أَذَقْنَا ٱلنَّاسَ رَحْمَةً مِّنۢ بَعْدِ ضَرَّآءَ مَسَّتْهُمْ إِذَا لَهُم مَّكْرٌ فِىٓ ءَايَاتِنَا ﴾ [يونس : 21] . وذو القرابة من غير العصب .

الرزق : بكسر الراء مشددة وسكون الزاي - والجمع : الأرزاق : - هو ما ساقه اللّه تعالى إلى الحيوان فانتفع به .

الرزق : الخير ، والعطاء الجاري ، دنيويًّا كان أو دينيًّا والرزق الحسن : ما يصل إلى صاحبه بلا كد في طلبه ، وقيل : ما وجد غير مرتقب ولا محتسب ولا مكتسب . والرزق : المطر .

الرضا : الرضا في اللغة خلاف السخط . ورضا العبد عن اللّه أن لا يكره ما يجري به قضاؤه . ورضا اللّه عن العبد هو أن يراه مؤتمرًا لأمره منتهيًا عن نهيه .

وقد اختلف الفقهاء في معنى الرضا على قولين : (أحدهما) للحنفية ، وهو أنه امتلاء الاختيار ، أي بلوغه نهايته (والثاني) لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة وهو أنه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه ، وعلى ذلك فالرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور فمجرد القصد المتجة نحو ترتيب الأثر يسمى رضا عند الجمهور ، فإن لم يبلغ الاختيار غايته ولم يظهر السرور ، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان والتفضيل على أقل تقدير .

الرقيق : الرق لغة : مصدر رق العبد يرق ، ضد عتق . والرقيق : المملوك ذكرًا كان أو أنثى . وإنما سمي العبيد رقيقًا ؛ لأنهم يرقون لمالكهم ، ويذلون ويخضعون . والرق في الاصطلاح الفقهي موافق لمعناه لغة ، فهو كون الإنسان مملوكًا لإنسان آخر .

الركاز : يطلق الركاز في اللغة على المال المدفون إما بفعل آدمي كالكنز ، وإما بفعل إلهي كالمعدن .

وقد اختلف الفقهاء في حقيقة الركاز على قولين : (أحدهما) لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة وهو أنه المال المدفون في الجاهلية (الثاني) للحنفية وهو أنه المال المركوز في الأرض ، مخلوقًا كان أو موضوعًا فيها فيعم المعدن الخلقي والكنز المدفون .

الرهن : الرهن في اللغة كما قال ابن فارس : أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو

غيره . وعند الفقهاء يطلق على أمرين : على عقده ، وعلى الشيء المرهون نفسه . فإذا قصدوا به العقد عرفوه بأنه : « المال الذي يُجعلُ وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه » .

الريع : الرَّيْع : بفتح الراء مشددة وسكون الياء : - الغلة ، وأصله النماء والزيادة . يقال : طعام كثير الريع . والرِّيع بكسر الراء مشددة ممدودة : - المكان المرتفع ، والجبل ، والطريق وفي القرآن الكريم ﴿ أَتَبْنُونَ بِكُلِّ رِيعٍ ءَايَةً تَعْبَثُونَ ﴾ [الشعراء : 128] .

الزكاة : الزكاة لغة : النماء والزيادة والبركة والطهارة والصلاح . وتطلق في الشرع على الحصة المقدرة من المال التي فرضها الله للمستحقين ، كما تطلق على نفس إخراج تلك الحصة .

قال النسفي : وسميت الزكاة زكاة ؛ لأنه يزكو بها المال بالبركة ، ويطْهرُ بها المرء بالمغفرة .

زنا : الزنى : الفجور . وهذه لغة أهل الحجاز ، وبنو تميم يقولون : زنى زناء : ويقال زاني مزاناة ، وزناء بمعناه وشرعًا : عرفه الحنفية بتعريفين : أعم ، وأخص . فالأعم يشمل ما يوجب الحد ومالا يوجبه ، وهو وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته . وعند المالكية بأنه : وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه بلا شبهة تعمدًا .

وهو عند الشافعية : إيلاج حشفة أو قدرها في فرج محرم لعينه مشتهى طبعًا بلا شبهة . وعرفه الحنابلة : بأنه فعل الفاحشة في قبل أو في دبر .

سد الذرائع : الزريعة في اللغة هي الوسيلة إلى الشيء مطلقًا ، وسدها يعني الحيلولة دون إتيانها .

والذرائع في الاصطلاح الشرعي : هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ، ويتوصل بها إلى فعل محظور . قال الشاطبي : وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة .

سرقة : السرقة : بفتح السين مشددة وكسر الراء - أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة مملوكة محرزًا بلا شبهة بمكان أو حافظ . أو هي : أخذ مال معتبر ، من حرز أجنبي لا شبهة فيه ، وهو قاصد للحفظ في نومه أو غيبته .

سلب : السلب في اللغة : هو الشيء المسلوب . أي ما ينزع من الإنسان وغيره . ومن

السلب : وهو أخذ الشيء بخفة واختطاف . أما في الاصطلاح الشرعي فهو : مركب القتيل وما عليها من السلاح والثياب والسرج واللجام وغيرها .

سلف : يطلق السلف في اللغة وفي الاستعمال الفقهي على عقد السلم . غير أن السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق . كذلك يطلق عند الفقهاء على القرض .

فيقال : تسلف واستسلف ، إذا استقرض مالًا ليرد مثله .

السلم : السَّلَم : - بفتح السين مشددة وفتح اللام - لغة : التقديم والتسليم - ويسمى بالسلف أيضًا ، وفي الشرع : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلًا ، وفي المثمن آجلًا . وسمي بالسلم ؛ لما فيه من وجوب تقديم الثمن .

الشراء : الشراء : - بكسر الشين مشددة - والاشتراء : - التملك بالمبادلة والمعاوضة ، أي تمليك مال بمال والأكثر مجيء : شروا بمعنى : باعوا ، وفي القرآن الكريم ﴿ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِۦٓ أَنفُسَهُمْ ﴾ [البقرة : 102] . واشتروا بمعنى : ابتاعوا . وفي القرآن الكريم ﴿ أُولَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُا۟ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ ﴾ [البقرة : 16] .

الشرط : الشرط في اللغة : هو العلامة . وجمعه شروط . كذلك تسمى الصكوك شروطًا ؛ لأنها علامات دالة على التوثيق .

والشرط في الاصطلاح الفقهي : هو ما يتوقف ثبوت الحكم عليه . وقد قسم الفقهاء الشرط باعتبار مصدر اشتراطه إلى قسمين : جعلي وشرعي .

شركة : أصل الشركة في اللغة : توزيع الشيء بين اثنين فأكثر على جهة الشيوع . وفي الاصطلاح الفقهي : هي اختلاط نصيبين فصاعدًا ، بحيث لا يتميز أحدهما عن غيره . ثم أطلق اسم الشركة على العقد ، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين . وقيل : « هي اجتماع شخصين فأكثر في استحقاق أو تصرف » .

شركة الأبدان : قال الشيرازي : شركة الأبدان هي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما ، وعرفها الحنابلة بأنها : « اشتراك اثنين فأكثر فيما يمتلكان بأبدانهما من مباح ، أو يتقبلانه في ذممهما من عمل » .

شركة الأعمال (عمل) : وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعًا معينًا من العمل أو أكثر ، أو غير معين لكنه عام ، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة .

شركة الأموال (المال) : وهي عقد بين اثنين فأكثر على أن يتجروا في رأس مال لهم ، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة سواء عُلِمَ مقدار رأس المال عند العقد أم لا ؛ لأنه يعلم عند الشراء ، وسواء شرطوا أن يشتركوا جميعًا في كل شراء وبيع أم شرطوا أن ينفرد كل واحد بصفقاته أم أطلقوا .

شركة جبر : وهي نوع من الشركة انفرد المالكية بإثباتها ، وتمسكوا فيه بقضاء عمر ، وحدها بعضهم بأنها : « استحقاق شخص الدخول مع مشتر سلعة لنفسه من سوقها المعد لها على وجه مخصوص » .

شركة صنائع : شركة الصنائع : وتسمى الشركة المنحرفة ، وشركة التقبل ، وشركة الأعمال ، وشركة الأبدان ، وشركة التضمين أيضًا . وكأن يشترك خياطان ، أو خياط وصباغ ، وأن يتقبلا العمل بأجر بينهما ، بتساو أو بتفاوت .

شركة عنان : شركة عنان : وهي أن يشترك اثنان ببعض المال ، أو مع التساوي في المال ، أو مع فضل مال أحدهما مع المساواة في الربح أو الاختلاف فيه . فيتقارب أطرافها في كل أو بعض مقوماتها . وهي تتضمن وكالة فقط ، ولا كفالة .

شركة المفاوضة : شركة المفاوضة : هي أن يشترك اثنان بالمساواة مالًا وتصرفًا ودينًا وربحًا ، فهي وكالة وكفالة .

شفعة : الشفعة في اللغة : اسم للملك المشفوع بملكك . من قولهم : كان وترًا فشفعته بآخر ؛ أي جعلته زوجًا له .

أما الشفعة في الاصطلاح الفقهي : فهي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ، ولو جبرًا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والمؤن .

الشهادة : بفتح الشين مشددة والهاء ممدودة لغة : - خبر قاطع - وشرعًا : - بيان الحق ، سواء كان على الشاهد أم غيره ، وخبر قاطع يختص بمعنى يتضمن ضرر غير المخبر ، وفي

القرآن الكريم ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ والشهادة غير الإقرار ، وقيل : هي إقرار مع العلم وثبات اليقين والإقرار قد ينفك عن ذلك .

الصدقة : بفتح الدال لغة : ما يعطى على وجه التقرب إلى اللّه تعالى ، لا على وجه المكرمة ويشمل هذا المعنى الزكاة وصدقة التطوع .

وفي الاصطلاح : تمليك في الحياة بغير عوض على وجه القربة إلى اللّه تعالى ، وهي تستعمل بالمعنى اللغوي الشامل ، فيقال للزكاة : صدقة ، ويقال للتطوع : صدقة ، وقد تطلق الصدقة على الوقف ، وقد تطلق على كل نوع من المعروف .

الصلاة : أصلها في اللغة : الدعاء ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ﴾ أي : ادع لهم وفي الاصطلاح ، قال الجمهور : هي أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير ، مختتمة بالتسليم مع النية ، بشرائط مخصوصة .

الصلح : الصلح - بضم الصاد مشددة وسكون اللام - لغة : اسم من المصالحة ، والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم ، وهو مختص بإزالة النفار بين الناس .

أما في الاصطلاح الفقهي : فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن الصلح عبارة عن معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين ، فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي عندهم ، وزاد المالكية على هذا المدلول : العقد على رفعها قبل وقوعها أيضًا وقاية ، فجاء في حد الإمام ابن عرفة للصلح أنه انتقال عن حق أو دعوى بعرض لرفع نزاع أو خوف وقوعه « ففي التعبير » خوف وقوعه إشارة إلى جواز الصلح .

صناعة : الصناعة لغة : حرفة الصانع وعمله . وقال الكفوي : كل علم مارسه الرجل سواء كان استدلاليًا أو غيره ، حتى صار كالحرفة له ، فإنه يسمى صناعة .

غير أن الفقهاء خصوا الصناعة بالحرف التي تستعمل فيها ، فقال القليوبي : « الصناعة ما كانت بآلة ، والحرفة أعم منها » .

الصوم : الصوم في اللغة : الإمساك عن الطعام والشراب والكلام والنكاح والسير . والصوم : مصدر صام يصوم صومًا وصيامًا . وفي الاصطلاح : هو الإمساك عن المفطر على

وجه مخصوص .

صيغة : الصيغة لغة : العمل والتقدير . وصيغة القول كذا ؛ أي مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير .

وعرفها بعض الفقهاء المحدثين بقوله : « هي ما يكون به العقد من قول أو إشارة أو كتابة تبيينًا لإرادة العاقد ، وكشفًا عن كلامه النفسي » .

ضمان : أصل الضمان في اللغة : جعل الشيء في شيء يحويه ، ومن ذلك قولهم : ضمنت الشيء كذا : إذا جعلته في وعائه فاحتواه . أما الفقهاء فقد استعملوا مصطلح الضمان بمعان ثلاثة : فاستعمله فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة بمعنى الكفالة التي « هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام الحق » واستعمله فقهاء الحنفية بمعنى : « الالتزام بتعويض مالي غير ضرر الغير » . واستعمله جُلّ الفقهاء بمعنى تحمّل تبعةِ الهلاك ، وهو المدلول المقصود في القاعدة الفقهية « الخراج بالضمان » .

ضرر : الضرُّ والضَّرر لغة : الأذى . يقال : ضرَّه يضره : إذا فعل به مكروهًا . ويرد لفظ « الضرر » على ألسنة الفقهاء بمعنى إلحاق مفسدة بالغير مطلقًا ، سواء أكانت في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص .

الطلاق : الطلاق في اللغة : الحل ورفع القيد ، هو اسم مصدره التطليق ، ويستعمل استعمال المصدر .

والطلاق في عرف الفقهاء هو : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه والأصل في الطلاق أنه ملك الزوج وحده ، وقد يقوم به غيره بإنابته .

العارية : مشتقة من العرية – أي العطية – من التعاور وهو التداول والجمع عواري – وقيل إنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وهي شرعًا : عبارة عن تمليك المنافع – أي دون الأعيان – بغير عوض فهي عارية عن المعوض .

العتق : العتق والعتاق في لغة الفقهاء يعني زوال الرق ، أو الخروج من المملوكية . فهو عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه مخصوص ، به يصير المملوك من الأحرار .

العدة : العدة لغة : مأخوذة من العد والحساب ، والعد في اللغة ، الإحصاء ، وسميت بذلك ؛ لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا ، وفي الاصطلاح : هي اسم المدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبد أو لتعجمها على زوجها .

العدل : في اللغة : بفتح العين وكسرها وسكون الدال المثل ، وفي المنهج : هو الأمر الوسط الموازن بين طرفي الإفراط والتفريط . والعدل في الأصل : ضد الجور وأن يعطي الإنسان ما عليه ويأخذ ماله ، ويتحرى الواجب .

واصطلاحًا : قال ابن القيم : العدل هو الأخذ بالوسط الموضوع بين طرفي الإفراط والتفريط ، وعليه بناء مصالح الدنيا والآخرة ، بل لا تقوم مصلحة البدن إلا به . ويرد مصطلح العدل في الاستعمال الفقهي في عدة مواطن منها : يطلق هذا المصطلح على من رضي الراهن والمرتهن أن يكون المرهون بيده ، سمي بذلك ؛ لعدالته .

عربون : العربون : هو بيع العربون - أو العربان - في اللغة واستعمال الفقهاء : هو أن يشتري الرجل السلعة ويدفع للبائع مبلغًا من المال ، على أنه إن أتمَّ البيع حُسِبَ ذلك المبلغ من الثمن ، وإن لم يتم ، كان للبائع .

العرف : العرف لغة : ضد النكر . وأصله المعروف من الخير والبر والإحسان ، ثم أطلق على ما يتعارفه الناس فيما بينهم . والنسبة إليه عرفيّ .

أما العرف عند الفقهاء فهو ما استقر في النفوس من جهة العقول . وقيل : ما عرف العقلاء أنه حسن ، وأقرهم الشارع عليه . والعرف في المعاملات المالية معتبر بمنزلة الشرط فيها ، وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية « المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا » و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » .

عصمة : العصمة : بكسر العين وسكون الصاد : هي المنع ، والحرمة - وعصمة المال : حرمته - وفي الحديث النبوي « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله ... فقد عصم مني ماله ودمه ... » . وعصم بعضهم : أكسب ، ومنع ، ووقى ، وعصم القربة : جعل لها عصامًا ، يعصم ماءها ويمنعه من السيل .

عفو : العفو - بفتح العين وسكون الفاء - لغة في المال : الفضلة والزيادة عن النفقة . وفي

القرآن الكريم : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ﴾ [البقرة : 219] .

والعفو شرعًا . مازاد على النصاب من المال . والعفو من المال : ما طاب وكثر ، وأعفى الرجل : أنفق العفو من ماله .

عقد : يطلق العقد في اللغة على جملة معان ، منها : الشد والربط والإحكام والتوثيق والجمع بين أطراف الشيء . أما في الاصطلاح الفقهي ، فيستعمل الفقهاء كلمة العقد في مدوناتهم بمعنيين : أحدها - وهو المشهور - : الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما كالإشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعي . والثاني : وهو أعم من الأول بحيث لا يستوجب وجود طرفين له في جميع حالاته ، بل قد يكون من جانب واحد .

العلم : العلم : - بكسر العين وسكون اللام - والجمع : العلوم : - هو المعرفة والمؤسسة على منهج ، والمتجسدة في حقائق وقوانين . وفي القرآن الكريم ﴿ قَالُوا۟ سُبْحَـٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ ﴾ [البقرة : 32] .

عُمْرى : العمرى نوع من الهبة ، وهي في اللغة مأخوذة من العمر : وهو مدة عمارة البدن بالحياة . يقال : أعمرته الدار . أي جعلت له سكناها عمرة . فهي إذًا هبةُ شيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط الاسترداد بعد موت الواهب أو الموهوب له .

ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن مدلولها اللغوي .

عمل : العمل : - بفتح العين والميم - والجمع : الأعمال : - هو إحداث الشيء - والقائمون به : عملة وعُمال - وأجرتهم : هي العمالة والعملة . والعمل : ما يفعله الحيوان بقصد ، فيفترق عن العمل ، والذي يكون بقصد وبغيره . والعمل : المهنة والفعل . والعمل لا يقال إلا فيما كان عن فكر وروية ؛ ولذلك اقترن بالعلم ، حتى قيل : إن قلب لفظ العمل عن لفظ العلم هو تنبيه على أنه من مقتضاه . وفي القرآن الكريم ﴿ أَنِّى لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَـٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ ۖ ﴾ [آل عمران : 195] .

العوض : العوض مصدر عاضه عوضًا وعياضًا ومعوضةً وهو البدل ، تقول : عُضْت فلانًا وأعضيته وعوّضته : إذا أعطيته بدل ما ذهب منه والعوض في اصطلاح الفقهاء هو مطلق البدل ، وهو ما يبذل في مقابلة غيره . ومن إطلاقات العوض ثواب الآخرة .

عيب : العيب : – بفتح العين وسكون الياء : – النقص وفي القرآن الكريم ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِي ٱلْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾ [الكهف : 79] .والعيب الفاحش – بخلاف العيب اليسير : – هو مالا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين . والعيب اليسير : هو ما ينقص من مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين .

غبن : الغبن : – بفتح الغين وسكون الباء : – هو الخداع من الزيادة والنقصان ، وأخذ الشيء بدون قيمته ، والاهتضام في المعاملة والبخس والوكس في البياعات ومنه : الغبن اليسير : وهو ما يقومه مقوم . والغبن الفاحش : وهو مالا يدخل تحت تقويم المقومين .

وقيل : إن الغبن الفاحش هو مالا يتغابن الناس فيه ، وهو ما يتحرزون عنه من التفاوت في المعاملات .

غرر : الغرر لغة : الخفر . وقيل : أصل الغرر النقصان .

أما الغرر في الاصطلاح الفقهي ؛ فهو ما كان مستور العاقبة .

غرس : الغرس في اللغة مصدر غرس يغرس ، يقال : غرس الشجر غرسًا إذا أثبته في الأرض ، ولا يخرج معنى الغرس في الاصطلاح عن المعنى اللغوي .

غصب : الغصب في اللغة : أخذُ الشيء ظلمًا وقهرًا .

وفي الاصطلاح الفقهي : « هو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن مالكه دون خفية » .

والفرق بين الغاصب والسارق : أن السارق يأخذ مال الغير خفية من موضع كان ممنوعًا من الوصول إليه . أما الغاصب فيأخذ مال الغير ظلمًا وقهرًا جهارًا معتمدًا على قوته .

غش : الغش لغة : الخديعة ضد النصح . وحقيقته إظهار المرء خلاف ما أضمره لغيره ، مع تزيين المفسدة له . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للغش عن معناه اللغوي .

أما الفرق بين الغش والتدليس ، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الغش أعمُّ من التدليس . وقال بعضهم بالعكس .

الفساد الفساد في اللغة : نقيض الصلاح وخروج الشيء عن الاعتدال ، قليلًا كان الخروج أو كثيرًا ، يقال : فسد اللحم : أنتن ، وفسدت الأمور . اضطربت وفسد العقد بطل .

وفي الاصطلاح : عرّف جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الفساد بأنه : مخالفة الفعل الشرع بحيث لا تترتب عليه الآثار ، ولا يسقط القضاء من العبادات . وعرّف الحنفية الفساد بأنه ما شرع بأصله دون وصفه .

فسخ : الفسخ : - بفتح الفاء وسكون السين - لغة : - هو النقض والتفريق - وشرعًا : - رفع العقد الحقيقي أو الحكمي - على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان .

الفقر : بفتح الفاء وسكون القاف : - هو فقد ما يحتاج إليه . وفي القرآن الكريم ﴿ ٱلشَّيۡطَٰنُ يَعِدُكُمُ ٱلۡفَقۡرَ وَيَأۡمُرُكُم بِٱلۡفَحۡشَآءِ ﴾ [البقرة : 268] .

والفقير : هو الذي لا يحوز كفايته للعام ومن يعول .

القبض : القبض لغة : تناول الشيء بجميع الكف ويستعار لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف . ولا خلاف بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في أن القبض عبارة عن حيازة الشيء والتمكن من رقبته ، سواء أكان ما يمكن تناوله باليد أو لم يكن .

القبول : يقال في اللغة : قبلت القول ؛ أي صدقته . وقبلت الهدية ؛ أخذتها . أما في اصطلاح الفقهاء : هو عبارة عن لفظ صدر عن أحد المتعاقدين ثانيًا ، ويقابله الإيجاب ، الذي يصدر أولًا - فالقبول : هو جواب الإيجاب - فهو عبارة عن ترتيب المقصود على الطاعة .

القراض : - بكسر القاف وفتح الراء ممدودة : - هو أن يعطي الرجلُ الرجلَ المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أي جزء مما يتفقان عليه .

والقراض : هو المضاربة - بلغة أهل الحجاز . والقراضة : - بضم القاف وفتح الراء ممدودة : - هي الأجزاء الصغيرة من الدنانير والدراهم .

القرض : القرض لغة : بفتح القاف وسكون الراء والجمع : القروض - وهو القطع أي أن تعطي غيرك مالًا ، على أن يكون دينًا عليه ، يرده هو أو مثله إليك . واصطلاحا : يعرفه الفقهاء بأنه . « دفع المال لمن ينتفع به على أن يردّ بدله » .

ويسمى نفس المال المدفوع على الوجه المذكور قرضًا في لغة الفقهاء والقرض بهذا المعنى هو القرض الحقيقي .

قسمة : القسمة لغة : التفريق - وفي المصطلح الفقهي : هي تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء وعلى ذلك عُرفت أنها : « جمع نصيب شائع في معين » . أي في نصيب معين . وإنما كانت جمعًا للنصيب بعد تفرق ، لأنه كان قبل القسمة موزعًا على جميع أجزاء المشترك ؛ إذ ما من جزء مهما قل إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ماله في المجموع الكلي - ثم صار بعد القسمة منحصرًا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء ، ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان كما في المهايأة الزمانية .

القصاص : القصاص : - بكسر القاف وفتح الصاد ممدودة : هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل ، من مثل : القتل بإزاء القتل . وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف وفي القرآن الكريم ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [البقرة : 179] .

القضاء : القضاء : - بفتح القاف والضاد ممدودة : - هو إسقاط الواجب . وهو : محض : وهو مالا يكون فيه معنى الأداء أصلًا ، لا حقيقة ولا حكمًا .

والقضاء - شرعًا : - هو عبارة عن تسليم مثل الواجب في غير وقته . والقضاء : تسليم مثل - وليس عين - ما وجب بالأمر إلى مستحقه . وفي القرآن الكريم ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى ٱلْأَجَلَ ﴾ [القصص : 29] .

قوة : القوة في اللغة : الطاقة الواحدة من طاقات الحبل أو الوتر أو الخصلة الواحدة منه ، ففي الحديث : « لينقضن الإسلام عروة عروة كما ينقض الحبل قوة قوة » والقوى جمع قوة ، مثل غرفة وغرف ، ويكون ذلك في الجسم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ عَلَّمَهُۥ شَدِيدُ ٱلْقُوَىٰ ﴾ [سورة النجم : 5] . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

قياس : القياس في اللغة : تقدير شيء على مثال شيء ، وتسويته به ؛ لذلك سمي المكيال مقياسًا .

أما في الاصطلاح فقد اختلف علماء الأصول فيه حتى قال إمام الحرمين : يتعذر الحد الحقيقي في القياس لاشتماله على حقائق مختلفة ، كالحكم ، والعلة والفرع والجامع .

الكذب : الكذب لغة : الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو ، سواء فيه العمد والخطأ .

ولا يخرج اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوي .

الكراء : الكراء في اللغة مصدر كارى . أكريتُ الدار والدابة أي أجرتها . ويطلق الكراء عند الفقهاء على الأجرة نفسها كما يطلق على عقد الإجارة ، غير أن المالكية منهم يفرقون بين الكراء والإجارة بتفريق دقيق فيقولون : « الكراء والإجارة شيء واحد في المعنى غير أنه يطلق على العقد على منافع الآدمي وما ينقل من غير السفن والحيوان إجارة ، وعلى العقد على منافع مالا ينقل كالدور والأرضين وما ينقل من سفن وحيوان كراء ، قيل : إن الإجارة تطلق على المنافع من يعقل الأكرية على منافع من لا يعقل . وقد يطلق أحدهما على الآخر .

الكراهة : الكراهة في اللغة مصدر كره ، يقال : كره الشيء كرهًا وكراهًا وكراهية فلا أحبه فهو كريه ومكروه . وفي الاصطلاح خطاب الشارع المقتضي الكف عن الفعل اقتضاء غير جازم .

كسب : أصل الكسب في اللغة : الجمع والتحصيل : ثم أطلق على الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر .

ويطلق الفقهاء كلمة الكسب على استفادة المال بطلبه عن طريق أسبابه المعروفة ، وهو عندهم نوعان : كسب حلال وهو ما كان بسبب موافق للشرع وكسب خبيث غير مشروع وهو ما تحصل من طريق محظور شرعًا .

الكفارة : بفتح الكاف والفاء مشددة ممدودة - الجمع : الكفارات - من الكفر - وهو التغطية - لأنها تغطي إثم الحنث وغيره . والكفارة - شرعًا : - ما يكفر المذنب به عن ذنبه ، من صدقه ونحوها - وفي القرآن الكريم ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡ ﴾ [المائدة : 89] .

الكفالة : بفتح الكاف والفاء ممدودة وتسمى الحمالة ، والضمانة ، والزعامة - لغة : الضم وقيل الضمان - وشرعًا : - هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في التزام المطالبة بالدين .

اللعان : اللعن في اللغة : الإبعاد والطرد من الخير وقيل الطرد والإبعاد من الله ، ومن الخلق السب والدعاء ، وكانت العرب فى الجاهلية تحي ملوكها « أبيت اللعن » ومعناه أبيت أيها الملك أن تأتي ما نلعن عليه . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

اللقطة : اللقطة في اللغة : الشيء الذي تجده ملْقى فتأخذه من اللقط ، وهو الأخذ .

وفي الاصطلاح الشرعي : على المال الضائع من ربه يلتقطه غيره . وعلى ذلك عرفها بعض الفقهاء بقوله : « هي ما وجد من حق ضائع محترم ، لا يعرف الواجد مستحقه » تسمى أيضًا لقاطة ولقاطًا .

المال : - والجمع الأموال هو اسم للقليل والكثير من المقتنيات من كل ما يتمول ويملك . ويغلب إطلاقه الآن على النقد ، ذهبًا أو فضة أو العملات التي تقوم مقامهما .

والمال : الأرض الحية وما يخرج منها من طعام وشجر ومرعى ، وجميع الحيوان الذي يرعى نبات الأرض . وفي القرآن الكريم ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾ [الكهف : 46] .

والميل : هو صاحب المال .

المؤلفة قلوبهم : المؤلف لغة من الإلف ، وهو الاجتماع مع الالتئام يقال تألفه ، أي تكلَّف معه الإلف .

والمراد بالمؤلفة قلوبهم في الاصطلاح الشرعي الذين هم أحد أصناف مستحقي الزكاة : الذين تستمال قلوبهم إلى الإسلام بإكرامهم بالبذل والعطاء ، أما المؤلفة قلوبهم الذين كانوا في العهد النبوي فقد عرفهم المطرزي بقوله : هم قوم من أشراف العرب ، كان النبي ﷺ يعطيهم من الصدقات .

المثلي : - بكسر الميم وسكون الثاء وكسر اللام وتشديد الياء - نسبة إلى المثل ، وهو - في الاصطلاح : ماله مثل في الأسواق ، ولا تفاوت بين أجزائه يعتد به كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب .

والمثلي : يقابله القيمي والعيني - كالحيوانات والعروض والعقار والعددي المتفاوت .

المزارعة : بضم الميم وفتح الزاي ممدودة وفتح الراء مفاعلة من الزرع - وهي تقتضي فعلًا من الجانبين مالك الأرض ، والزارع . وهي في عرف الشرع : معاقدة على دفع الأرض إلى من يزرعها على أن تكون الغلة بينهما على ما شرطا ، وذلك بقول مالك الأرض للمزارع : دفعتها إليك مزارعة بكذا وبقول المزارع : قبلت ، أو هي : عقد حرث ببعض الخارج ، أي الحاصل ، مما طرح في الأرض من بذور البر والشعير ونحوهما .

مساقاة : المساقاة لغة مأخوذة من السقي ، وذلك أن يقوم شخص على سقي النخيل والكرم ومصلحتها ، ويكون له من ريع ذلك جزء معلوم .

ولا يخرج استعمال الفقهاء للكلمة عن ذلك المعنى وعلى ذلك عرفت اصطلاحًا بأنها « معاقدة على دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء معلوم من ثمرها » .

المشاحة : بفتح الميم وفتح الشين ممدودة والحاء مشددة : هي المضايقة والمنازعة .

المشاهرة : بضم الميم وفتح الشين ممدودة وفتح الهاء - والجمع : المشاهرات : - هي الراتب الشهري وعادة يكون نقدًا - أما العين - وخاصة الطعام منه - فهو الجراية . والمشاهرة : هي الأموال - نقدًا أو عينًا - الموظفة التي تحصل شهريًّا - والعامة يسمونها الشهرية .

مصاهرة : المصاهرة في اللغة مصدر صاهر ، يقال : صاهرت القوم إذا تزوجت منهم .

وقال الخليل : الصهر أهل بيت المرأة ، قال : ومن العرب من يجعل الأحماء والأختان جميعًا أصهارًا .

وفي الاصطلاح : هي حرمة الختونة .

معاطاة : المعاطاة لغة : المناولة . مأخوذ من عطوت الشيء ؛ إذا تناولته . غير أن الفقهاء استعملوا هذه الكلمة في مناولة خاصة فقالوا : المعاطاة في البيع هي أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع الثمن للبائع وذلك عن تراض منهما ، من غير تكلم ولا إشارة .

المعاوضة : المعاوضة لغة من العوض ، وهو الخلف ، أو البدلُ الذي يبذل في مقابلة غيره .

والمعاوضة عند الفقهاء تعني : المبادلة بين عوضين وجمعها معاوضات . وعقود المعاوضات في مصطلحهم عبارة عن ضرب من التمليكات التي تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدين بخلاف التبرعات التي تقوم على أساس الرفق والمعونة والمنحة من طرف لآخر دون مقابل .

المقاصة : بضم الميم وفتح القاف ممدودة والصاد مشددة - هي أن يحبس من قابض عطاء ما كان تلمظه أو استلفه .

المقوم : - بضم الميم وفتح القاف وكسر الواو مشددة : هو المسعر ، الذي يحدد قيمة

الشيء وقدره .

منفعة : المنفعة لغة : كل ما يستفاد من الشيء ، عرضًا كان أم عادة ، كاللبن والولد بالنسبة إلى الحيوان ، والثمرة بالنسبة إلى الشجرة ونحو ذلك - مأخوذة من النفع ، وهو في اللغة الخير . ويرى أكثر الفقهاء أن المنفعة لا تطلق إلا على الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها .

مهر : المهر : - بفتح الميم وسكون الهاء - والجمع مهور ومهورة : هو قيمة بضع المرأة وقت التزويج ، مما يباح به الانتفاع شرعًا من المال أو المنفعة ، معجلًا كان أو مؤجلًا . فهو صداق المرأة أي ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج . ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة من مدلولها اللغوي . وقد عرف بعض الفقهاء المهر بأنه : « ما يقابل البضع من المال حالًّا » .

المُياومة : بضم الميم وفتح الياء ممدودة - من اليوم : هي تقدير الأجر حسب أيام العمل ، وذلك بجعل اليوم هو وحدة العمل والأجر ، وليس الشهر أو العام .

الميراث : الميراث بكسر الميم ممدودة - وكذلك : الورث ، والإرث ، والتراث : - هو الشيء يكون لقوم ثم يصير إلى خلفهم ، بنسب أو سبب . وفي القرآن : ﴿ ثُمَّ أَوْرَثْنَا ٱلْكِتَٰبَ ٱلَّذِينَ ٱصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا ﴾ [فاطر : 32] . ﴿ وَقَالُوا۟ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى صَدَقَنَا وَعْدَهُۥ وَأَوْرَثَنَا ٱلْأَرْضَ ﴾ [الزمر : 74] .

﴿ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ ٱلْوَٰرِثِينَ ﴾ [القصص : 5] . ﴿ وَلِلَّهِ مِيرَٰثُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ﴾ [آل عمران : 180] .

الميسر : بفتح الميم وسكون الياء وكسر السين : هو ميسر اللهو ، كالنَّرد والشطرنج ، وغيرهما من الملاهي وميسر القمار : هو الذي تكون فيه المقامرة ، أي المخاطرة - ويطلق الميسر على ما يتقامرون عليه .

الناسخ : بفتح النون مشددة ممدودة وكسر السين - في الوظائف الديوانية : هو كاتب ، في ديوان المال ، ينسخ التوقيعات والمكاتبات الصادرة والواردة .

الندب : بفتح النون مشددة وسكون الدال : هو الدعاء إلى أمر جميل .

النصاب : نصاب كل شيء لغة يعني أصله . والجمع نُصُب وأنصبة . وأما في اصطلاح الفقهاء فيرد لفظ « النصاب » في باب الزكاة ، ويراد به على ألسنتهم : القدر المعتبر لوجوبها .

النعم : بالفتح – والجمع : الأنعام – وجمع الجمع أناعيم : هي أحد الأصناف الثمانية : البقرة – الإبل – المعز – والضأن – فهذه أربعة ، ومع أنثاها تكون أصناف النعم الثمانية .

وقيل : النعم : هي الإبل خاصة ، والأنعام : الإبل والبقر والغنم .

النفقة : النفقة في اللغة اسم من الإنفاق وهو الإخراج : قال النهانوي : والتركيب يدل على المضي بالبيع ، نحو نفق المبيع نفاقًا ، نحو نفقت الدابة نفوقًا أي ماتت . أو بالفناء ، نحو نفقت الدراهم نفقًا أي فنيت . أما مصطلح « النفقة » عند الفقهاء ، فالمراد به الإدرار على الشي بما يقوم بقاؤه به . وقيل : هي ما يتوقف عليه بقاء شيء ، من المأكل والملبس والسكن .

النقد : – بفتح النون مشددة وسكون القاف : هو المسكوك من الذهب والفضة – يطلق الآن على ما يقوم مقامهما في المداولات المالية . والنقد – والتناقد : هو تمييز الدراهم والدنانير ونظرها لمعرفة جيدها من رديئها . ونقدته المال : أعطيته إياه نقدًا معجلًا . وانتقده : قبضه .

النكاح : أي نكح فلان امرأة ينكحها نكاحًا إذا تزوجها . ونكحها ينكحها : باضعها أيضًا ، وكذلك دحمها وخجأها ، وقال الأعشى في نكح بمعنى تزوج وقوله ﷻ : ﴿ ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾ تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية ، كذلك الزانية لا يتزوجها إلا زان .

الهبة : الهبة في اصطلاح اللغويين تعني العطية الخالية عن الأعواض والأغراض ، أي الإعطاء بلا عوض ، أما الهبة والهدية والصدقة والعطية عند الفقهاء فهي ألفاظ ذات معان متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض .

الهلاك : الهلاك في اللغة مرادف للتلف ، وهو ذهاب الشيء وفناؤه . وحكى الراغب الأصبهاني أن الهلاك على عدة أوجه منها : افتقاد الشيء عندك ، وهو عند غيرك موجود ، ومنها هلاك الشيء باستحالة وفساد ومنها : الموت ومنها : بطلان الشيء من العالم وعدمه رأسًا ، وذلك هو الهلاك الأكبر المسمى فناء .

وقد جرى على ألسنة الفقهاء استعمال الهلاك و التلف بمعنى واحد ، وهو خروج الشيء

من أن يكون منتفعًا به المنفعة المطلوبة منه عادة .

الواجب : الواجب بفتح الواو ممدودة وكسر الجيم في المصطلحات الضرائبية : ضريبة مملوكية .

الوجوب : الوجوب بضم الواو والجيم ممدودة - له معنيان . الأول : هو الاقتضاء ، بمعنى الاستحقاق والإيجاب . والثاني : الاستغناء ، بمعنى عدم التوقف وعدم الاحتياج .

والواجب : هو الثابت ؛ والوجوب - للبيع : لزومه وثباته ، أي تمامه ونفاذه .

الوديعة : الوديعة في اصطلاح اللغويين مأخوذة من وجود الشيء إذا تركته . وأصله من التوديع وهو الترك ، قال : وهو من المجاز لأن المعنى بإصلاح شأن الرجل إذا يئس من صلاحه تركه .

أما في اصطلاح الفقهاء كلمة الوديعة تعني شرعًا العين التي توضع عند الغير ليحفظها ، وعلى الإيداع بمعنى العقد المقتضي للحفظ . غير أن الفقهاء اختلفوا في تعريف هذا العقد تبعًا لاختلافهم في بعض شروطه ، فالحنفية والمالكية الذين اشترطوا في الشيء المودع أن يكون ملكًا ، ولم يشترطوا في الحفظ أن يكون تبرعًا عرفوه بأنه تسليط المالك غيره على حفظ ماله .

الوصية : الوصية في اللغة : من وَصَيْتُ الشيء إذا وصلْتُه أما في الاصطلاح الفقهي فهي : « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » . وقد سميت بذلك ؛ لأن الموصي وصل ما كان في أيام حياته بما بعده من أيام مماته .

وفاء : الوفاء في اللغة يعني ملازمة طريق المساواة والمحافظة على العهود ، وحفظ مراسم المحبة والمخالطة ، سرًا وعلانية ، وقد فرق أبو هلال العسكري بين الوفاء والإنجاز بأن الوفاء يكون في العهود ، والإنجاز في الوعود .

أما الوفاء بمعناه الأخص في الديون والالتزامات فيرد على ألسنة الفقهاء بمعنى الأداء .

الوقف : بفتح الواو وسكون القاف - والجمع أوقاف لغة : الحبس والمنع ، وعند الفقهاء هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة المتحقق من المصارف - كالعارية - بصيغة دالة عليه مدة ما يراه الواقف . وقيل : هو الحبس العين على ملك اللّه تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى اللّه تعالى خاصة على وجه تعود منفعته إلى العباد .

الوكالة : الوكالة بكسر الواو وفتحها وفتح الكاف ممدودة . اسم من التوكيل ؛ بمعنى التفويض والاعتماد . وقد تطلق على الحفظ ، إطلاقًا لاسم السبب على المسبب والوكالة – شرعًا : هي تفويض التصرف إلى الغير أي أن يقيم إنسان أحدًا غيره مقام نفسه في تصرف شرعي ، معلوم ، مورث لحكم شرعي .

الولاء : الولاء بالفتح – لغة : النصرة والمحبة – شرعًا : قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ، مستلزمة لآثار مخصوصة من الإرث والعقل – عقل الدية – وولاية النكاح والقرابة الحاصلة من العتق تسمى : ولاء العتاقة ، وولاء النعمة . أما القرابة الحاصلة من الموالاة فتسمى : ولاء الموالاة .

الولاية : الولاية يقال في اللغة : ولي الأمر ولاية ؟ بمعنى قام به بنفسه ، وولي عليه ولاية : إذا ملك أمر التصرف فيه .

وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الولاية إلى قسمين ؛ خاصة – وعامة .

فأما الولاية العامة : فهي سلطة تدبير المصالح العامة للأمة وتصريف شؤون الناس ، والأمر والنهي فيهم . أما الولاية الخاصة : فهي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون توقف على رضا الغير .

وضع اليد : الوضع بفتح الواو وسكون الضاد في المصطلحات الديوانية : هو أن يعلق اسم الرجل في الجريدة – السجل – أي يوضع بين قوسين في سجل العطاء – علامة على وقف عطائه .

الوضع من الدين أو من رأس المال : – هو الحط والتنزيل لجزء منه . واليد : بفتح الياء – من معانيها – الحوزة والملك .

اليمين : اليمين بفتح الباء وكسر الميم ممدودة والجمع : الأيمان ، والأيمن ، والأيامن لغة – القوة – وشرعًا عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل والترك .

مراجع الدراسة ومصادر الفقه المالكي

1 – نثبت – هنا – أهم المصادر التي وردت في الكتاب معلقين عليها بما يكشف عن قيمتها في الدرس الفقهي ، فقد يساعد ذلك طالب الفقه الإسلامي المبتدئ – والفقه المالكي بخاصة – على تكوين فكرة عامة عن أهم المصادر التي يرجع إليها .

2 – نقسم هذه المصادر إلى فروع متعددة .

3 – اخترنا الترتيب الأبجدي معيارًا لترتيب الدراسات والمؤلفات .

أولًا : القرآن الكريم .

ثانيًا : كتب السنة :

1 – الجامع الصحيح للإمام البخاري ... محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة المتوفى 256 . ط الشعب .

ويذكر ابن خلدون أن البخاري اهتم بتخريج الأحاديث التي للحجازيين والعراقيين والشاميين ، فاعتمد منها ما أجمعوا عليه دون ما اختلفوا فيه ، ورتب جامعه بحسب الموضوعات ، فكان يكررها لذلك ، حتى يقال : إنه اشتمل على تسعة آلاف حديث ومائتين ، منها ثلاثة آلاف متكررة [1] .

ويذكر ابن خلدون كذلك أنه سمع كثيرًا من شيوخه يقولون : شرح كتاب البخاري دين على الأمة ، ويعنون بذلك أن أحدًا من الأمة لم يكن قام بهذا الواجب ، وفيما بعد جاء ابن حجر فوضع كتابه فتح الباري بشرح صحيح البخاري الذي يستحق أن يكون أداء لهذا الدين . طبعته شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي 1378 هـ – 1959 م .

2 – سنن الترمذي ، أو الجامع الصحيح للترمذي أبي عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة 279 هـ طبعة دار الفكر . ضبط وتصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف . الطبعة الثالثة 1398 هـ – 1978 م .

3 – سنن ابن ماجه للقزويني أبي عبد الله محمد بن يزيد المتوفى سنة 275 هـ . ط . عيسى البابي الحلبي . بدون تاريخ .

4 – صحيح مسلم . للقشيري مسلم بن الحجاج المتوفى سنة 261 هـ مع شرح النووي ، المطبعة المصرية ومكتبتها بدون تاريخ .

وعن ابن خلدون أنه قد حذا حذو البخاري في نقل المجمع عليه من الأحاديث ، والترتيب على أبواب الفقه ، وإن خالفه في عدم تكرار الحديث بتكرر موضوعاته . ولذا فضله المغاربة ، وانكبوا على شرحه والعناية به . فقد أملى المازري المتوفى سنة 536 هـ – من فقهاء المالكية – شرحًا على صحيح

---

(1) مقدمة ابن خلدون (442) .

مسلم ، سماه : المعلم بفوائد مسلم ، أكمله القاضي عياض المتوفى سنة 544 فيما سماه : إكمال المعلم ، وتلاهما النووي محي الدين المتوفى سنة 677 هـ . بشرح استوفى ما في الكتابين وزاد عليهما فكان شرحًا وافيًا [1] .

5 - المسند لابن حنبل : الإمام أحمد بن محمد المتوفى سنة 241 هـ وقد حقق المسند الشيخ أحمد شاكر ولم يتمه ، وطبعه المكتب الإسلامي ببيروت ط 2 : 1398 هـ - 1978 م .

ويحتوي هذا المسند على نحو 30000 حديث وتصعب الإفادة منه على النحو الذي بين أيدينا ، ويجدر لهذا استكمال تحقيقه ، ووضع فهارسه بحسب الموضوعات .

6 - الموطأ لمالك بن أنس المتوفى سنة 179 هـ .

يعتبر كتاب الموطأ أقدم كتاب فقهي وصل إلينا إذا استثنينا الجامع الفقهي لزيد بن علي ، ويعتمد فيه مالك الحديث النبوي وأثر الصحابة ، كما يعتمد على ما صح لديه من عمل أهل المدينة أو إجماعهم . وهو بهذا الاعتبار يمثل مرحلة انتقالية بين الفقه الخالص في صيغته القديمة ، وبين علم الحديث الصرف [2] .

وفي الموطأ قريب من 822 حديثًا عن النبي ﷺ وفيه إلى جانب ذلك 613 أثرًا عن الصحابة ، و 285 عن التابعين . وقد روى الشيباني الموطأ ، وفيه 429 حديثًا ، 628 أثرًا عن الصحابة ، و 112 مرويًّا عن التابعين .

وقد شرح السيوطي الموطأ بكتاب أسماه تنوير الحوالك بشرح موطأ الإمام مالك . وبآخره كتاب إسعاف المبطأ برجال الموطأ للسيوطي طبعة عيسى البابي الحلبي .

ثالثا : في السير والتاريخ .

1 - سير أعلام النبلاء . للذهبي شمس الدين محمد بن أحمد المتوفى سنة 748 هـ . وبهامشه إحكام الرجال من ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، وهو للذهبي كذلك . هو من جملة ما اختصره من تاريخه الكبير - تاريخ الإسلام - مرتبًا على التراجم بحسب الوفيات ، وله عليه ذيل .

لم يخرج الذهبي على نهج الذين سبقوه في التأليف على الطبقات ولكنه امتاز عنهم بالشمول والسعة ، فرتبه على الطبقات ، وجعل لكل طبقة عشرين سنة ضمن سيرة الحكام ، وأصحاب السلطان ، كما تناول سير عامة الناس ، فترجم للخلفاء والصحابة والتابعين ، كما ترجم للملك والوزير والمؤرخ والمفسر والمحدث والفقيه والنحوي والفيلسوف ... إلى آخره .

---

(1) مقدمة ابن خلدون (442) .

(2) مقدمة محقق كتاب الموطأ برواية سويد بن سعيد الحدثاني .

حققه محب الدين بن غرامة العمروي ط 1 بتاريخ 1417 هـ 1997 م .

2 – شجرة النور الذكية في طبقات المالكية . للشيخ محمد بن محمد مخلوف . بدأه مؤلفه بمقدمة فيها سبع فرائد عن بعض مبادئ علم التاريخ وفضيلته ، وعن خصائص هذه الأمة ، ومنها أنهم أوتوا الإسناد ، وعن القرآن وتواتره ، وعن الفقهاء السبعة ، وعن طبقات الحديث ، وعن الأئمة المجتهدين ، وعن بعض خصائص هذه الأمة .

ثم قسم الكتاب إلى طبقات وتناول أعلام كل طبقة تناولًا موجزًا ، وإن كان لا يمكن الاستغناء عنه . طبعة دار الفكر .

3 – شذرات الذهب في أخبار من قد ذهب لابن العماد أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد المتوفى سنة 1089 هـ . رتبه على السنين ليستبين منه تطور الحوادث وطبقات الرجال في القرون .

فتضمن ذكر وفاة الأعلام من السنة الأولى من الهجرة وحتى سنة ألف . طبعة دار الفكر للطباعة والنشر بيروت 1414 هـ 1994 م .

4 – الطبقات السنية في تراجم الحنفية للغزي تقي الدين بن عبد القادر المتوفى سنة 1005 هـ .

ذكر في أوله مقدمة تحتوي على أبواب وفصول مهمة تتعلق بفن التاريخ ، لا يسع المؤرخ جهلها . وصدر باسم السلطان مراد خان بن سليم العثماني ثم سيرة النبي ﷺ إجمالا مفيدًا ، ثم مناقب الإمام أبي حنيفة ، كما في الجواهر المضية .

والكتاب مرتب هجائيًا ، ذيله مؤلفه بأبواب الكنى والألقاب والأبناء والأنساب . وربما أكثر في بعض التراجم من الأشعار ، وقصد بذلك ألا يخلو كتابه من الأدب .

والكتاب يعتبر من أشمل الكتب في هذا الموضوع ؛ لأنه استقى مادته من الكتب التي سبقته ، كما أنه لقي كثيرًا من المترجمين المعاصرين وأفاد منهم .

حقق الكتاب عبد الفتاح الحلو . المجلس الأعلى للشئون الإسلامية لجنة إحياء التراث الإسلامي القاهرة . 1390 هـ – 1970 م .

5 – الفوائد البهية في تراجم الحنفية : للكنوي أبي الحسنات محمد عبد الحي المتوفى سنة 1304 هـ . مع التعليقات السنية على الفوائد البهية له أيضًا .

لخصه عن طبقات الكفوي محمد بن سليمان المتوفى سنة 990 هـ وأورد الاختلاف الواقع في المواليد والوفيات .

ووضح ما زلت فيه قدم الكفوي وغيره من العلماء في نسبة التصنيفات . وأوضح توثيق قدماء الفقهاء أو تضعيفهم في الرواية ، وضبط نسب الفقهاء من كتب الأنساب . توفرت لدينا طبعة دار الكتاب الإسلامي بدون تاريخ وهي ما اعتمدنا عليها .

6 – معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ، وهو معجم لمصنفي الكتب العربية منذ بدأ تدوين الكتب حتى الحاضر .

نهج المؤلف في مصنفه أن يذكر اسم المترجم ، وشهرته ، ووفاته ، ثم نسبته وكنيته ، ولقبه ، ثم اختصاصه في العلم ، ثم مكان ولادته ، ونشأته ورحلته ، ثم المناصب التي تولاها ، وينتهي بذكر مؤلفاته . ط 1 بتاريخ 1414 هـ ، 1993 م . مؤسسة الرسالة – بيروت .

7 – هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون ، للبغدادي إسماعيل باشا المتوفى سنة 1339 هـ .

دار الكتب العلمية – بيروت 1413 هـ – 1992 م .

رابعًا : المعجمات والكشافات والأدلة :

أ – معجمات القرآن .

١ – المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لمحمد فؤاد عبد الباقي

طبعة دار الحديث القاهرة : ط 1 ، 1417 هـ – 1996 م .

ب – معجمات الحديث .

المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي . تبويب : لفيف من المستشرقين ، ونشر الدكتور أ.ى. ونسنك (أدندجان) مستشرق هولندي – كان أستاذ اللغة العربية في جامعة ليدن ، من سنة 1297 هـ إلى وفاته عام 1358 هـ – 1939 م . وهذا المعجم مطبوع سنة 1936 في مدينة ليدن – مكتبة بريل .

جـ – معجمات المصطلحات :

1 – دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية . للشيخ عز الدين التوني ، والدكتور عيسى زكي ، والشيخ خالد شعيب ببيت التمويل الكويتي . ط 1 ، بتاريخ 1412 هـ – 1992 م .

2 – قاموس المصطلحات الاقتصادية – محمد عمارة .

دار الشروق – القاهرة 1994 م .

3 – مصطلحات الفقه المالكي المعاصر : معاملات السوق تحرير وإشراف : يوسف كمال محمد . المعهد العالي للفكر الإسلامي . دراسات في الاقتصاد الإسلامي (25) القاهرة ط 1 ، 1418 هـ – 1997 م .

4 – معجم لغة الفقهاء : تأليف محمد رواس قلعجي ، وحامد صادق قنيبي . دار النفائس ببيروت 1405 هـ .

5 – معجم مصطلحات الاقتصاد لنبيه غطاس مكتبة لبنان 1980 م .

6 – معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء . د . نزيه حماد . وهو مصنف مرتب على

حروف الهجاء ، يتضمن سائر المصطلحات الفقهية الدائرة على ألسنة الفقهاء .

وهو يتعرض للدلالة الاصطلاحية ، ويبين ما إذا كانت لحل اتفاق الفقهاء ، أو اختلافهم ، ومدى تباين معناها في استعمالاتهم المختلفة ، ويشير إلى المذاهب المتداولة عند فقهائه ، إن كانت مذهبية ، وما يقابلها من ألفاظ عند الفقهاء الآخرين إن وجد .

المعهد العالمي للفكر الإسلامي . سلسلة المعاجم والأدلة والكشافات (5) القاهرة . ط 1 ، 1414 هـ ، 1993 م .

د . معجمات الكتب (التعريف بها) :

1 – كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة المتوفى سنة 1067 هـ – وهو معجم لأسماء المؤلفات العربية ذكر فيه نحو 14500 كتاب مرتبة على الأبجدية ، جامع لأخبار الكتب المصنفة في الإسلام وقبله ، وأحوال مصنفيها ووفياتهم .

قيل عنه : لم يصنف في بابه مثله . طبع باعتناء العلامة فلوغل لسيك ليدن ، ومعه ترجمة إلى اللاتينية 1858 م ، وطبع ببولاق 1274 هـ ، وبالآستانة 1310 هـ .

هذبه إبراهيم أفندي المشهور بعربة جي باشا . عليه ذيل أحمد طاهر الشهير بحنيف زادة ، وذيل إسماعيل باشا (1339) إيضاح المكنون . دار الكتب العلمية 1413 هـ – 1992 م .

2 – إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون للبغدادي إسماعيل باشا . المتوفى سنة 1339 هـ .

دار الكتب العلمية 1413 ، 1992 م .

3 – معجم المطبوعات العربية والمعربة يوسف إليان سركيس ، وهو شامل لأسماء الكتب العربية والمعربة في الأقطار الشرقية والغربية ، مع ذكر أسماء مؤلفيها ، ولمعة من ترجمتهم ، وذلك من يوم ظهور الطباعة إلى نهاية السنة الهجرية 1339 هـ ، والموافقة لسنة 1919 م .

مكتبة سركيس – القاهرة 1346 هـ – 1928 م .

هـ – معجمات الأماكن والبقاع .

– معجم البلدان ، لياقوت الحموي المتوفى سنة 626 هـ ويعد هذا المعجم أهم مصنف في تاريخ الأدب الجغرافي العربي شهد له بالفضل كثير من السابقين واللاحقين فهذا ابن خلكان يصف المصنف بأنه كانت له همة عالية في تحصيل المعارف ، وقالوا عن المعجم : إنه خزانة علم وأدب وتاريخ وجغرافية .

وقيل : هو معجم جغرافي خالد ، وديوان الجغرافية العربية الأكبر . وقال عمر كحالة في كتابه التاريخ والجغرافيا في العصور الإسلامية : أكمل مصنف للمعلومات الجغرافية الوصفية والفلكية ،

واللغوية وأخبار الرحالة .

رتب الأسماء الواردة في معجمه على حروف الهجاء ، ثم يذكر سبب التسمية والاشتقاق اللغوي . ثم يحدد مواقع هذه الأسماء ، ويبادل ما بين الإسهاب والإشارة ، ويختم حديثه عن البلد بذكر أسماء المشهورين المنسوبين إليها .

والنسخة التي استخدمناها هي التي حققها فريد عبد العزيز الجندي . دار الكتب العلمية بيروت .

و - معجمات اللغة :

1 - لسان العرب لابن منظور أبي الفضل محمد بن جلال الدين المتوفى سنة 711 هـ .

وهو أتم المؤلفات التي صنفت في اللغة ، رتبه على ترتيب الصحاح للجوهري ، وشرح ما أتى به من الشواهد من آيات ، وأحاديث ، وأشعار .

وقد اعتمدنا عليه في تعاريفنا اللغوية ، وتوفرت لدينا طبعة دار المعارف ، وهي طبعة مشكولة شكلًا تامًا ، ومذيلة بفهارس مفصلة ، وقد عني بترتيب هذه الطبعة وتحقيقها الأساتذة : عبد الله الكبير ، محمد أحمد حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي ، سيد رمضان أحمد ، وهي بدون تاريخ وخلت من رقم الطبعة .

خامسًا : مصادر الفقه المالكي :

1 - حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وهي حاشية كثيرة الفوائد ، غزيرة الفرائد ، جمة المعاني الدقيقة ، والأبحاث اللطيفة الرقيقة ، وهي كفيلة برفع كل إشكال عرض ، وإزالة كل لبس اعترض ، وجلب النقول العديدة ، وذكر المسائل والنكات المفيدة ، والفروع والنوازل والشبهات الحسنة الأكيدة ، وتقريب المعضلات البعيدة ، إلى غير ذلك مما اشتملت عليه من المحاسن التي لا ينكرها إلا عنود ذو قلب آس .

هكذا وصفها أبو عبد الله محمد بن المدني علي كنون في مقدمة حاشيته على حاشية الرهوني .

وقد اعتمدنا على طبعة مصورة عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة 1306 هـ .

2 - المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي .

هو كتاب جامع لأبواب الفقه كلها على مذهب الإمام مالك بن أنس ، وفق منهج العراقيين الذي يتميز بسلاسة أسلوبه وسهولة عباراته . وينافح عن المذهب المالكي بالحجة والدليل ومؤلفه القاضي عبد الوهاب البغدادي فقيه مالكي أصولي ضليع بلغ درجة الاجتهاد المذهبي ، بل الاجتهاد المطلق - كما صرح بذلك السيوطي .

احتوى المعونة . على 2767 فصل ، وكل فصل يحتوي على عدد كبير من الفروع والمسائل .

ولم يكتف البغدادي بعرض الفروع والمسائل فحسب بل عرض كثيرًا من القواعد والمسائل الأصولية .

وقد حقق الكتاب الدكتور : حميش عبد الحق ، والناشر مكتبة نزار مصطفى الباز بمكة المكرمة 1995 م .

3 - المدونة الكبرى من وضع سحنون وتأليفه . وتحتل المدونة مكانة كبيرة بين مؤلفات الفقه المالكي ، حتى إذا أطلقوا الكتاب فإنهم يريدونها به ، ويقول بعض مشايخ المالكية : إنها بالنسبة إلى غيرها من كتب المذهب كالفاتحة في الصلاة ، تجزئ عن غيرها ، ولا يجزئ غيرها عنها .

وقد استحقت المدونة هذه المكانة لدقة سحنون في نقلها عن ابن القاسم الذي يعترف له فقهاء المالكية بتفوقه على غيره في حفظ مذهب الإمام مالك ، ويرجع ذلك عندهم إلى طول ملازمة ابن القاسم مالكًا ، وورعه ، ودقة فهمه لأصول الإمام مالك .

ولذا يذكر ابن فرحون في التبصرة التقاء جمهور فقهاء المالكية على ترجيح رواية ابن القاسم إذا تعارضت مع غيرها .

4 - الرسالة لعبد اللّه بن أبي زيد القيرواني . وهي مختصر في الفقه المالكي ألفه أبو زيد بناء على سؤال بعض الناس إياه أن يكتب « جملة مختصرة من واجب أمور الديانة مما تنطق به الألسنة ، وتعتقده القلوب ، وتعمله الجوارح ، وما يتصل بالواجب من ذلك من السنن من مؤكدها ونوافلها ورغائبها وشيء من الآداب منها » .

وتتضح أهمية هذا المختصر في الفقه المالكي من كثرة الشروح والتعليقات عليها . ويذكر بروكلمان أن الشروح عليها قد وصلت إلى ثمانية وعشرين شرحًا .

5 - الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار .... تأليف ابن عبد البر والكتاب موسوعة فقهية مطولة ... وغاية ابن عبد البر في كتابه هذا شرح الموطأ وما فيه من أقاويل الصحابة والتابعين وتأصيل اختيارات مالك ، وإيراد آراء مخالفيه من فقهاء الأمصار وقد طبع الكتاب في ثلاثين جزءًا بتحقيق عبد المعطي قلعجي .

6 - المقدمات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد جد الفيلسوف المشهور . مطبوع مع المدونة دار الفكر - بيروت .

ويتميز هذا الكتاب في الترتيب والتبويب ، فإن ابن رشد يجمل - ومثله حفيده - نقاط ما يبحثه من فروع في صدر المبحث ثم يتناولها بالتفصيل بعد ذلك .

كما يتميز الكتاب بإبراز أظهر المرويات في الفقه المالكي والترجيح بينها ، ويعتمد عليه خليل صاحب المختصر الذائع في المذهب المالكي .

7 – بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الفيلسوف .

ويتميز هذا الكتاب عن سائر كتب المذهب المالكي ، بل وعن سائر المؤلفات في الفقه الإسلامي – بتحريره أسباب اختلاف فقهاء المذاهب ، وتحقيقه في الأدلة التي قامت عليها للترجيح بين الأقوال المختلفة ، كما تصلح هذه القواعد لأن تكون طريقًا للتعرف على أحكام الفروع التي لا نص فيها .

إن بداية المجتهد كتاب مختصر في الفقه المالكي بخاصة وفي الفقه الإسلامي بعامة ، ولا يستغني عنه باحث مبتدئًا كان أو غير مبتدئ .

وقد اعتمدنا على طبعة المكتبة الأزهرية للتراث ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد .

8 – مختصر خليل في فقه الإمام مالك . تأليف خليل بن إسحاق بن موسى المالكي ، من علماء القرن التاسع الهجري .

وقد اجتمعت لهذا المختصر أسباب الإجادة حتى صار أهم عمل اعتمد عليه متأخرو المالكية ووسعوه شرحًا ، وبيانًا وتقريرًا . وقد لقي هذا المختصر مالم يلقه أي مختصر آخر في الفقه الإسلامي حتى إن أهم مراجع الفقه المالكي ليست إلا شرحًا لهذا المختصر .

9 – الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير . وقد عين شيخًا للمالكية بعد وفاة الصعيدي العدوي .

وكتابه شرح على مختصر خليل .

10 – الشرح الصغير لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير كذلك وعليه حاشية للعلامة أحمد ابن محمد الصاوي .

11 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن عرفة الدسوقي .

12 – فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، ومحمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش المتوفى سنة 1882 م والكتاب يضم كثيرًا من الفتاوى في العقائد والفقه وأصوله كما يشير إلى بعض الوقائع التي شغلت اهتمام الناس في القرن التاسع عشر الميلادي .

كما يتناول بعض الأحكام الفقهية الأساسية دون تطويل فيها ، ولا تفصيل في الاستدلال .

فهرس عام للجزء الرابع

من كتاب المقارنات التشريعية

الكتاب الثاني

الكتاب الثالث

فهرس أبجدي للجزء الرابع

من المقارنات التشريعية

(ق)

(ك)

(م)

(ن)

(هـ)

(و)

رقم الإيداع

2000/7096

الترقيم الدولي I.S.B.N

977-5146-95-9

مركز الدراسات والبحوث الفقهية والاقتصادية

مركز الدراسات والبحوث الفقهية والاقتصادية مؤسسة فكرية إسلامية متخصصة أنشئت وسجلت في القاهرة بجمهورية مصر العربية لتعمل على :

- إبراز القواعد والمبادئ التي تضمنتها الشريعة الإسلامية وتيسيرها على الباحثين .
- إجراء الدراسات المقارنة بين أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية .
- صياغة العقود الشرعية صياغة جديدة يتوفر فيها البعد عن الربا والغرر الفاحش ، بحيث تكون العقود متفقة ومتوائمة مع حاجات العصر ومتطلبات وسرعة وضخامة تعاملاته ، والإسهام في تطوير بحوث الاستثمار المصرفي .
- الاهتمام بإحياء تحقيق الكتب التراثية الهامة ودراستها وإعداد الفهارس اللازمة لتيسيرها على الباحثين والإفادة منها .
- إعداد الأدوات والأعمال البحثية لتدعيم جهود علوم الشريعة الاقتصادية ، والقانون . وإعداد الأدلة والكشافات والببلوجرافيات والفهارس والملخصات والتقارير وغيرها .
- توفير قاعدة بيانات حديثة ومتجددة في كافة المجالات التي تخدم أهداف الشريعة والاقتصاد والبنوك الإسلامية .

ويستعين المركز لتحقيق أهدافه بوسائل عديدة منها :

1 - عقد المؤتمرات والندوات العلمية والفكرية المتخصصة .

2 - التعاون مع المراكز البحثية والفكرية المتخصصة في جميع أنحاء العالم .

3 - دعم جهود العلماء والباحثين والعمل على نشر الإنتاج العلمي المميز .

والمركز يأمل بعون الله تعالى أن تكون له فروع في جميع الدول العربية والإسلامية والأجنبية ، ليمارس من خلالها أنشطته المختلفة ، كما يأمل أن يكون هناك أوجه تعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع دول العالم .

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

جمهورية مصر العربية - القاهرة

13 ش مرقص حنا من ش شاهين - العجوزة تليفاكس 3498853

المعادي الجديدة فيلا 8 ش 281 . ح